



PEDRO HENRIQUE MOTA DE CARVALHO

*O TRANS PACIFIC PARTNERSHIP E A ESTRATÉGIA NORTE
AMERICANA DE FORUM SHIFTING EM PROPRIEDADE
INTELECTUAL*

JOÃO PESSOA

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS
CURSO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS

PEDRO HENRIQUE MOTA DE CARVALHO

*O TRANS PACIFIC PARTNERSHIP E A ESTRATÉGIA NORTE
AMERICANA DE FORUM SHIFTING EM PROPRIEDADE
INTELECTUAL*

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
conclusão do Curso de Graduação em
Relações Internacionais da Universidade
Federal da Paraíba.

Orientador: PROF. DR. Henrique
Zeferino de Menezes

João Pessoa

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C331t Carvalho, Pedro Henrique Mota de.

O Trans Pacific Partnership e a estratégia norte americana de fórum shifting em propriedade intelectual. / Pedro Henrique Mota de Carvalho.
– João Pessoa: UFPB, 2015.

75f.

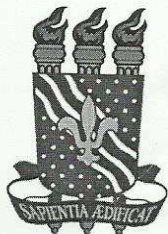
Orientador: Prof. Dr. Henrique Zeferino de Menezes.

Monografia (Graduação em Relações Internacionais) – UFPB/CCSA.

1. Trans Pacific Partnership. 2. EUA. 3. Fórum shifting. I. Título.

UFPB/CCSA/BS

CDU (2. ed.): 327(043.2)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos 11 (onze) dias do mês de fevereiro de 2015, no Departamento de Relações Internacionais da Universidade Federal da Paraíba, realizou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso de Relações Internacionais do aluno **Pedro Henrique Mota de Carvalho**, sob orientação do **Prof. Dr. Henrique Zeferino de Menezes**, intitulada **"O Trans Pacific Partnership e a Estratégia Norte Americana de Forum Shifiting em Propriedade Intelectual"**.

Pelos Membros da banca foram atribuídas as seguintes notas:

Membro: Prof. Ms. Daniel de Campos Antiquera

Nota: 10 Assinatura: _____

Membro: Prof. Dr. Thiago Lima da Silva

Nota: 10,0 Assinatura: _____

Membro: Prof. Dr. Henrique Zeferino de Menezes

Nota: 10,0 Assinatura: _____

O aluno foi APROVADO com a média final de 10,0.

OBS.: _____

Resumo

O objetivo deste trabalho é o de discutir os impactos do *Trans Pacific Partnership* sobre o regime internacional de propriedade intelectual, analisando mais especificamente a inserção dessa negociação na agenda maximalista em propriedade intelectual dos Estados Unidos. A análise elaborada apresenta o acordo como uma importante forma de os EUA se inserirem plenamente na economia da região Ásia-Pacífico, o que seria em grande parte explicado pelos seus principais atributos, que consistem na diversidade geográfica, alto padrão de liberalização comercial e como modelo de expansão. Em relação à propriedade intelectual aponta-se a continuidade no governo Obama da estratégia de *forum shifting* para negociação de regras TRIPS-plus, que tem justamente a proposta de inclusão do capítulo em propriedade intelectual no *Trans Pacific Partnership* como um de seus desdobramentos mais recentes. Conclui-se o trabalho com uma avaliação das eventuais consequências dessa estratégia, ressaltando os impactos sobre o regime multilateral e sobre o *policy space* dos países negociantes. A estratégia de *forum shifting* em propriedade intelectual perseguida no *Trans Pacific Partnership* pode aumentar o risco de esvaziamento das organizações multilaterais que lidam com a temática e o conflito acerca das normas a serem obedecidas no âmbito internacional, enquanto que as normas TRIPS-plus propostas no acordo implicam na redução das flexibilidades previstas no acordo do TRIPS, limitando assim a autonomia nacional em construir sistemas nacionais de proteção à propriedade intelectual e impactando políticas públicas importantes como as de saúde pública, segurança alimentar e acesso a conhecimento.

Palavras-chave: Forum shifting; TPP; TRIPS-plus

Abstract

This work sought to assess the impacts of the *Trans Pacific Partnership* on the international regime of intellectual property, considering specifically the insertion of this negotiation in the United States *maximalist agenda* for intellectual property. The analysis conceives the agreement as a channel for the US insertion in the Asia-Pacific regional economy, which is explained by its main attributes of geographic diversity, high standard of commercial liberalization and of expansion model. In relation to the intellectual property is pointed the continuity of the *forum shifting* strategy for TRIPS-*plus* norms negotiations in Obama administration, discussing that the US proposal of intellectual property chapter in the *Trans Pacific Partnership* is one its most recent developments. The work is concluded with an assessment of the possible consequences of this strategy, stressing the impacts for the multilateral regime and for the negotiators member's *policy space*. The *forum shifting* strategy in intellectual property pursued in the *Trans Pacific Partnership* may raise the risk for emptying the multilateral organizations that treats the issue of intellectual property and create a conflict about the norms to be obeyed internationally, while the TRIPS-*plus* norms reduces the flexibilities provided in the TRIPS agreement, thus limiting the national autonomy in building national systems of intellectual property protection, and implying in impacts upon important public policies such as public health, food security and access to knowledge.

Key-words: Forum shifting; TPP; TRIPS-plus.

Agradecimentos

Quero agradecer ao meu orientador, Henrique Zeferino de Menezes, pela presença sempre solícita ao longo dos quatro anos da graduação, sendo grande a sua contribuição para trajetória que até agora trilhei na academia, em especial com as atividades de pesquisa científica *Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Estudos sobre os Estados Unidos* (INCT-INEU). Também agradeço aos professores Thiago Lima da Silva, Daniel de Campos Antiquera e Mariana Carioni Barboza por aceitarem fazer parte da comissão examinadora deste trabalho.

Estou muito agradecido aos meus familiares, em especial minha mãe, Mônica, pela compreensão e auxílio; à minha namorada, Mariana, e todos os meus amigos pelo incentivo incansável.

Sumário

Introdução	1
Perspectivas teóricas e analíticas	4
Organização do texto	8
Capítulo 1 – Política Comercial dos EUA.....	9
1.1 Os atributos do Trans Pacific Partnership.....	9
1.2 Política comercial dos EUA para Ásia	14
Capítulo 2 – O TPP e a política de <i>forum shifting</i> norte-americana para a propriedade intelectual.....	22
2.1 O TRIPS como uma estratégia de <i>forum shifting</i> horizontal.....	22
2.2 O <i>forum shifting</i> vertical em normas TRIPS- <i>plus</i>	25
Capítulo 3 – Os Impactos do TPP	31
3.1 Fragmentação do Regime de Propriedade Intelectual	31
3.1.1 Motivos e fatores condicionantes da estratégia de <i>forum shifting</i>	32
3.1.2 A hipótese de fragmentação de regime como um fenômeno dotado de intencionalidade.....	37
3.2 Os impactos sobre o <i>policy space</i>	45
3.2.1 O esforço pela <i>harmonização</i> de regras em PI.....	46
3.2.2 O <i>Policy Space</i> no TPP.....	51
Considerações Finais	62
Referências Bibliográficas.....	63

Lista de Abreviações

ACTA: Anti Counterfeiting Trade Agreement

APEC: Asia Pacific Economic Association

ASEAN: Association of Southeast Asian Nations

CAFC: Court of Appeals for the Federal Circuit

FTAAP: Free Trade Area of Asia-Pacific

IPC: Intellectual Property Committee

IPEC: Intellectual Property Enforcement Coordinator

OMPI: Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

PI: Propriedade Intelectual

PCT: Patent Cooperation Treaty

PLT: Patent Law Treaty

SPLT: Substantive Patent Law Treaty

WCT : *WIPO Copyright Treaty*

TPP: Trans Pacific Partnership

TRIPS: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

USTR: United States Trade Representative

Introdução

O regime multilateral comércio vem se tornando cada vez mais dinâmico e abrangente em termos de matérias reguladas desde o final da Segunda Guerra Mundial. A conclusão da Rodada Uruguai do GATT (1986-1994) e a inclusão das chamadas *trade related issues* na agenda da Organização Mundial de Comércio (OMC) radicalizaram essa dinâmica. Ao mesmo tempo, a partir da década de 1990, passou a haver um forte ativismo na negociação de acordos preferenciais de comércio e de investimentos, com a proliferação de acordos bilaterais, regionais e plurilaterais, caracterizando um fenômeno global que alguns analistas chamaram de *Spaghetti Bowl*. Em termos de conteúdo, como mencionado, não apenas avançou-se numa maior liberalização do comércio de bens, com a redução de barreiras tarifárias e não tarifárias, mas também sobre outras áreas como serviços, proteção ao investimento, propriedade intelectual, defesa comercial, incluindo também na agenda de negociação comercial variados temas de coerência regulatória e questões transversais ao comércio.

O acordo do *Trans Pacific Partnership* (TPP) desponta como um exemplo contemporâneo dessa tendência geral de proliferação de acordos preferenciais com uma grande abrangência temática. Em negociação no contexto da Ásia-Pacífico, o TPP é um acordo *plurilateral* de comércio que envolve partes interessadas com características distintas em termos econômicos e geográficos, compreendendo, simultaneamente, países desenvolvidos e em desenvolvimento das Américas, Leste asiático e Oceania. De acordo com o que é divulgado pelos atores envolvidos nas negociações, os objetivos quanto ao nível de liberalização a ser atingido são ambiciosos, propondo a eliminação completa de tarifas sobre bens comerciais, incluindo aqueles considerados sensíveis, como agricultura e indústria automobilística, o que produz divergências importantes entre os países envolvidos. Assim como a pauta colocada em negociação é abrangente, envolvendo capítulos específicos negociação de regras de proteção a investimentos, serviços e propriedade intelectual (PI).

Este trabalho se dedica a discutir especificamente o papel do TPP na agenda de negociações em PI dos EUA e possíveis implicações do acordo sobre os países signatários e sobre o próprio regime internacional de proteção à PI. O TPP é inserido na agenda maximalista de PI dos EUA para a negociação de acordos internacionais com

padrão de proteção à PI de tipo TRIPS-*plus*¹, e reflete à estratégia norte-americana para avançar na normatização internacional sobre a matéria, internacionalizando os padrões de proteção oferecidos no país.

A referida estratégia é identificada como o *forum shifting*, fenômeno que consiste na transferência entre instâncias e instituições internacionais de pautas em negociação, objetivando um resultado mais favorável a determinados interesses particulares. No regime internacional de PI há inúmeros exemplos de transferência negociações entre fóruns multilaterais. Porém, a tendência atual na agenda dos EUA é a de priorizar instâncias preferenciais, propondo a inclusão de normas de PI em acordos bilaterais, regionais e plurilaterais, como no caso do TPP.

O problema específico que o trabalho busca abordar é o *impacto* das negociações do TPP - enquanto estratégia *forum shifting* em PI; e os eventuais impactos produzidos por suas normas específicas. Pode-se identificar a princípio duas dimensões em que o acordo, caso aprovado, poderá influir sensivelmente. O próprio regime internacional de PI seria uma primeira dimensão afetada. Dada a incongruência entre as normas negociadas em âmbito preferencial e multilateral, o risco que se corre é o aprofundamento da polarização entre países desenvolvidos, liderados pelos EUA, e os países em desenvolvimento opositores, implicando a possibilidade de esvaziamento e entrave das organizações multilaterais que lidam com o tema da PI.

A segunda dimensão afetada seria o *policy space* dos países signatários. A natureza das normas propostas pelos EUA no capítulo de PI do TPP, se comparadas às normas vinculatórias até então vigentes no regime multilateral, especificam cada vez mais as obrigações dos países para com a proteção da PI e limitam a autonomia dos governos na construção de seus sistemas nacionais de proteção à PI, com impactos diretos sobre instituições e políticas públicas essenciais ao desenvolvimento econômico e social dos países. Discutem-se impactos específicos em questões centrais como promoção do desenvolvimento, saúde pública e acesso ao conhecimento.

O trabalho aborda essas possíveis consequências partindo de parâmetros já estabelecidos pela literatura especializada no assunto, como os trabalhos seminais de Susan Sell (2003), Carlos Correa (2000) e Christopher May (2007) acerca da

¹ TRIPS-*plus* são normas que avançam o nível de proteção da propriedade intelectual conforme se deliberou no acordo TRIPS. Negociadas majoritariamente por países desenvolvidos, essas normas refletem a proteção assegurada por suas legislações, muito embora cause a redução das flexibilidades asseguradas pelo TRIPS aos países em desenvolvimento.

estruturação e funcionamento do regime de PI; autores que se dedicaram à temática do *forum shifting* em PI, como Helfer (2004), Peter Yu (2010,2011,2012), Sell (2010,2011), dialogando ainda com a hipótese elaborada por Bevenisti e Downs (2007). Na seção específica em que se aborda os impactos sobre *policy space* dos países envolvidos nas negociações, a análise é amparada pelos documentos do acordo TRIPS e do capítulo em PI do TPP² e, da mesma forma, tendo como referência a literatura especializada no tema (GALLAGHER, 2005; SHADLEN, 2005; RUSE-KHAN, 2009; CHANG, 2001).

Informações específicas sobre a política comercial e de PI dos EUA, em especial para as negociações do TPP, foram retiradas de outras fontes primárias, como documentos de vários tipos divulgados pelo *United States Trade Representative* (relatórios anuais sobre os objetivos da agenda de comércio internacional dos EUA, os chamados *Trade Policy Agenda reports*; assim como documentos de publicações conjunturais acerca de negociações específicas, como tais como “*Press releases*” e “*Ambassador speeches*”) e pelo *Intellectual Property Enforcement Coordination – IPEC* (relatórios anuais e *spotlights*).

Os documentos do USTR ajudam a compreender os grandes objetivos de negociação dos EUA, assim como os relatórios do IPEC expõem as diretrizes da política norte-americana de *enforcement* de PI. Em ambas as instituições, o TPP é considerado um ponto central da estratégia norte-americana para PI, considerando o período da entrada dos EUA nas negociações do TPP, em 2009, até o ano de 2014. Esses documentos de divulgação produzidos pelo governo norte-americano, quando contrapostos às publicações oficiais das negociações do TPP, ajudam na produção de uma interpretação mais concreta da política dos EUA para a matéria.

A seção seguinte desta introdução, intitulada “perspectivas teóricas e analíticas” busca elucidar a posição que se tomou no trabalho acerca da natureza do regime de PI, justificando a pergunta acerca dos impactos do TPP. A última seção expõe a forma como o trabalho está organizado, indicando qual o conteúdo e as principais conclusões de cada capítulo.

² Como as negociações do acordo são feitas em segredo, a análise feita no trabalho se baseia em um documento de divulgação não autorizada no qual se encontra a proposta de um capítulo em PI. Disponível em: <https://wikileaks.org/tpp/static/pdf/Wikileaks-secret-TPP-treaty-IP-chapter.pdf>

Perspectivas teóricas e analíticas

O regime internacional PI, conforme discutido neste trabalho, tem como instituições mais relevantes a Organização Mundial sobre Propriedade Intelectual (OMPI) e o acordo do *Trade-related aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) da OMC. Este último, porém, tem um papel preponderante na constituição do regime, tendo em vista que estabeleceu padrões mínimos obrigatórios de proteção à PI para todos os membros da organização, assim como regras específicas de observância desses direitos, aplicáveis através da utilização do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. (MAY, 2007)

Entende-se ainda o regime internacional de PI seria, conforme a tipologia de Oran Young (1983), mais próximo da noção de *ordem imposta*. Segundo a tipologia elaborada pelo autor em questão, haveria três tipos possíveis de ordens de regimes internacionais.

O primeiro tipo seria o da *ordem espontânea*, na qual não há deliberação política específica, inexistindo uma concertação entre os Estados com a finalidade de constituir um regime. Este tipo de regime seria, assim, resistente a qualquer tentativa de mudança deliberada – ou “engenharia social” – não requerendo um consentimento explícito e formal sobre os assuntos acordados entre seus participantes, sendo, por isso, de caráter “espontâneo”. Um segundo tipo de ordem é a *ordem negociada*, a qual, diferentemente das ordens espontâneas, são caracterizadas por esforços conscientes para a constituição do regime, tendo cada participante de demonstrar não só suas demandas individuais, como estar de pleno acordo em relação ao que está sendo deliberado, expressando formalmente este consentimento. (YOUNG, 1983)

No entanto, seria o terceiro tipo, o da *ordem imposta*, que mais se aproxima daquilo que foi o processo de construção do regime de PI contemporâneo. Nesse tipo de ordem, os regimes seriam mantidos de forma deliberada através de um poder dominante ou um conjunto deles. O fato de ser imposto implica que o consentimento de todos os envolvidos não é uma condição para o estabelecimento do regime. Podem ainda operar sem requerer nenhuma expressão formal, muito embora não seja esse o caso com o TRIPS.

Ainda sobre as características das ordens impostas, é abordada por Young a possibilidade de uma ordem deste tipo se estabelecer através de duas formas distintas: a *hegemonia aberta*, quando atores dominantes agem de forma explícita ao instituir um

regime que os beneficiam e obrigam outros atores a submeter, e a *imposição de facto*, quando esses atores dominantes buscam estabelecer - ao invés da ação explícita e aberta - arranjos institucionais que os beneficiam, através de várias formas de liderança e manipulação de incentivos.

Uma revisão da literatura sobre o regime internacional de PI permite interpretá-lo, analisando a negociação do acordo TRIPS, como sendo mais aproximado de uma *imposição de facto*, identificando as formas de liderança e manipulação de incentivos utilizados na negociação do acordo. Com efeito, na negociação do TRIPS, uma das principais formas de liderança foi exatamente a noção disseminada da autoridade dos países desenvolvidos que, por sua vez, emanava de um suposto conhecimento técnico e jurídico superior em relação aos assuntos de PI. Esta alegada “superioridade hermenêutica” justificou a sistemática rejeição de propostas para flexibilização do texto do TRIPS feitas pelos principais opositores das demandas dos países desenvolvidos na temática de PI, o chamado Grupo dos Dez³. (CORREA, 2000; CORIAT; ORSI, 2002)

Esta alegada superioridade quanto à concepção do regime internacional de PI foi consolidada com medidas abertamente coercitivas, como a utilização incisiva pelos EUA da seção 301 e da *Special 301* da lei de comércio de 1984⁴ sobre países em desenvolvimento, especialmente sobre os líderes do Grupo dos Dez, Brasil e Índia. No caso brasileiro, duas investigações foram abertas em 1985 e 1987, chegando à imposição de tarifa de 100% sobre uma gama de produtos brasileiros, quando este país se negou a alterar sua legislação em PI, que não concedia patentes para os produtos farmacêuticos (ARSALANIAN, 1994).

Pelo lado da manipulação de incentivos, houve a promessa de uma maior liberalização dos mercados de produtos agrícolas e têxtil em troca da aceitação por parte destes da inclusão de uma maior proteção a PI via acordo TRIPS. Os países em desenvolvimento foram impelidos assim a aceitar, muito embora não se tenha verificado

³ Os países integrantes eram Argentina, Brasil, Cuba, Egito, Índia, Iugoslávia, Nicarágua, Nigéria, Peru e Tanzânia.

⁴ A seção “*special*” do artigo 301 da lei de comércio de 1984 institui a legalidade do uso de sanções pelos EUA contra outros países a partir do momento em que estes tomassem atitudes “prejudiciais ao *fair trade*”. A partir de 1970, a impressão nutrida pelas empresas norte americanas e pelo governo era a de que estavam enfrentando uma concorrência ilegítima no comércio internacional, especialmente nas práticas “injustas e desleais” do Japão e dos países emergentes do Pacífico, que negavam um tratamento igualitário aos produtos importados dos EUA. Dessa forma, legitima-se na retórica norte-americana a necessidade de construção do *fair trade* através imposição do *enforcement* às regras de comércio internacional, incluindo a PI. (ARSALANIAN, 1994)

na prática um maior acesso aos mercados dos países desenvolvidos. (CORIAT, 2000; JAFFE, 1999; MAY, SELL, 2005; CHANG 2001).

Além de compreender o regime internacional de PI como uma ordem imposta, através de uma estratégia de *imposição de facto*, o trabalho parte também de outras concepções analíticas específicas sobre o processo de construção do TRIPS, que dialogam com a análise proposta por Young e ajudam a compreender a dinâmica de negociações em propriedade intelectual. Além de seu caráter imposto, o regime internacional de PI teve sua gênese e idealização nos EUA. Conforme a abordagem analítica elaborada por Susan Sell, (2003) a configuração final do regime de PI é fruto de uma interação entre estrutura, agentes e instituições norte-americanas.

A mudança estrutural que contribuiu para a emergência do acordo é entendida como parte dos desdobramentos do capitalismo global, como a ascensão de novas tecnologias e do paradigma neoliberal do comércio internacional. Embora uma condição necessária, a mudança estrutural desenrolada no capitalismo global não é suficiente para explicar o fenômeno.

É necessário, então, levar em conta a ação dos agentes privados junto ao governo norte-americano. As organizações de empresas multinacionais com sede nos EUA, como *International Intellectual Property Alliance* (IIPA) e *Intellectual Property Committee*, (IPC) foram especialmente bem sucedidas em moldar as preferências do governo no sentido de perseguir a aprovação de um acordo de PI no âmbito multilateral, oferecendo o rascunho que viria a embasar a proposta dos EUA para o acordo do TRIPS. (SELL, 2003).

A despeito da relevância dessas empresas na economia dos EUA e de sua capacidade em conhecimento técnico e expertise na área de PI, sua ação *per se* também não explica completamente as mudanças nas preferências do governo. Para tanto, se faz necessário compreender a influência de sucessivas mudanças nas instituições dos EUA, como as emendas de 1982 e 1984, e o *Omnibus Trade and Competitiveness ACT* de 1988, que consolidaram a relação entre PI e comércio.

Outras mudanças de grande importância foram a jurisprudência estabelecida com as decisões do *Court of Appeals for the Federal Circuit* (CAFC) e a lei *Bayh-Doyle*, que, respectivamente, possibilitaram o patenteamento de novas tecnologias e a exploração por parte de empresas privadas de invenções financiadas com verbas públicas. Desse modo, o regime de PI teria sua origem num processo de “mútua

constituição” entre as limitações e oportunidades sistêmicas, as ações e capacidades dos agentes, e a deliberação das instituições nos EUA. (Idem, Ibidem)

As principais considerações feitas, então, discutem o regime internacional de PI como sendo enquadrado teoricamente como uma ordem imposta, com a exportação dos padrões de proteção construídos nos EUA, através da adoção do TRIPS. E, do ponto de vista analítico, como uma remodelação de interesses de atores privados e instituições governamentais frente a estímulos sistêmicos. O que se ressalta é que ambos os fatos se processaram, em grande medida, à revelia do interesse público e dos países em desenvolvimento: o regime de PI prescindiu de levar seriamente em consideração as posições desses países ao ser implementado, enquanto que a demanda pelo TRIPS e o texto do acordo refletem preferências e interesses concebidos especificamente dos EUA, e, portanto, apartados de outras possíveis fontes de *inputs*, como os interesses da sociedade civil.

A opção teórica e metodológica do trabalho, que pretende questionar os impactos do TPP, baseada nas negociações do TRIPS, se explica pelo fato do TPP representar um desdobramento das dinâmicas de negociação que levaram à formação do regime de PI, segundo as configurações acima apontadas. Ou seja, a dinâmica de atrelar os interesses privados norte-americanos com a agenda de política comercial dos EUA se mantém, assim como a estratégia de *forum shifting* de negociação – muito embora, conforme adiante se discute, sem mais haver uma *imposição de facto* de suas preferências.

A estratégia de *forum shifting* para negociação de acordos com padrões TRIPS-plus, assim como na negociação do TRIPS, também procede praticamente à revelia das preferências dos países em desenvolvimento, chegando mesmo a ameaçar a própria multilateralidade em que o regime se baseia. Tal qual o TRIPS, o capítulo de PI proposto no TPP prioriza a proteção dos detentores de direitos e as preferências dos EUA, mas eleva o nível desta proteção para além dos padrões do TRIPS, diminuindo as flexibilidades ainda restantes para os países implementarem de forma autônoma seus sistemas nacionais de proteção.

Entretanto, vislumbra-se na dinâmica recente de negociações em propriedade intelectual um cenário político diferente. De um lado, países em desenvolvimento, com fortes interesses na matéria, possuem capacidade técnica e expertise imensamente maior do que na época das negociações do TRIPS. Por outro lado, os mesmos países que resistiram sem sucesso às negociações do TRIPS, se veem atualmente com uma

capacidade também muito maior de influir nas negociações internacionais e resistir às pressões norte-americanas. Mesmo países não diretamente inseridos nas negociações do TPP, como Brasil, Índia e China, podem eventualmente ser afetados pela dinâmica de negociação de acordos com padrões TRIPS-plus em instâncias preferenciais.

Assim, é justamente o risco de o TPP representar um aprofundamento das contradições do regime de PI, além de sua eventual fragmentação e esvaziamento, a principal justificativa encontrada por esse trabalho para interrogar acerca de seus impactos.

Organização do texto

O primeiro capítulo deste trabalho discute o lugar do TPP na agenda de política comercial dos EUA. O TPP teria atributos que explicariam a entrada do país em sua negociação, possibilitando uma espécie de “plataforma” da qual poderiam os EUA participar de forma mais substantiva da integração econômica no leste da Ásia.

Embora se explique a razão da inclusão da PI na medida em que esta se configura como um assunto *trade-related*, é necessário analisar a estratégia específica pela qual se negocia a temática da PI internacionalmente. Este é o objetivo do segundo capítulo, no qual se expõe a estratégia de *forum shifting* como uma forma recorrente de negociação no regime internacional de PI. Discute-se a natureza dessa estratégia e seus tipos, caracterizando o capítulo de PI proposto TPP como parte de uma estratégia de *forum shifting* vertical para a negociação de normas TRIPS-plus.

O terceiro capítulo trata propriamente da questão colocada pelo trabalho acerca dos impactos dessa estratégia assim configurada. Argumenta-se que o *forum shifting* vertical tem na multilateralização sua finalidade, mas pode impactar diretamente o regime multilateral através do esvaziamento de fóruns e na polarização das posições acerca de quais normas devem ser obedecidas.

Por outro lado, se ressalta os impactos das normas TRIPS-plus sobre o *policy space* de possíveis países signatários. Suas principais consequências são abordadas a partir de uma comparação entre o conteúdo do capítulo proposto no TPP e o que se assegura no texto do TRIPS. Ao fim do trabalho encontram-se as considerações finais nas quais se remete às principais conclusões obtidas acerca do impacto do acordo, além de reiterar possíveis limitações ao TPP enquanto estratégia de *forum shifting* em normas TRIPS-plus.

Capítulo 1 – Política Comercial dos EUA

Este capítulo tem por objetivo discutir o lugar do TPP na agenda de política comercial dos EUA. Na seção 1.1 se expõe os “atributos chave” do TPP, ou seja, as características que dão certa singularidade a esse acordo e ajudam a entender sua importância para a estratégia de comércio e propriedade intelectual dos EUA.

Remontando ao acordo precedente do “P4”, os atributos em questão seriam identificados como: i) diversidade geográfica dos membros, ii) alto padrão das cláusulas de liberalização de comércio em negociação e; iii) o seu “molde de expansão”. Esses atributos chave, por seu turno, explicariam em grande parte a adesão dos membros ao acordo, incluindo os EUA.

Na seção 1.2 se discute como o TPP passou a figurar de maneira central para a agenda de política comercial dos EUA para a região da Ásia. O acordo é situado numa sequência de estratégias de aproximação para a região, sendo a principal alternativa após os fracassos da estratégia multilateral, através da organização da APEC (*Cooperação econômica da Ásia-Pacífico*), das estratégias preferenciais da *liberalização competitiva* e da negociação do *Free Trade Area of Asia Pacific* nos anos 2000. Considerou-se o TPP enquanto uma “plataforma” para a influência dos EUA na economia do continente asiático, principalmente após o aumento da relevância das propostas de integração feitas na *Associação de Nações do Sudeste Asiático*.

1.1 Os atributos do Trans Pacific Partnership

O TPP consiste num acordo plurilateral de livre comércio em processo de negociação entre alguns países membros da *Cooperação econômica da Ásia-Pacífico*⁵ (em inglês, APEC) cujo objetivo último declarado é a criação de uma zona de livre comércio que viria a ser o novo paradigma para os acordos comerciais, constituindo-se,

⁵ Criada em 1989, a organização conta com 21 membros região da Ásia-Pacífico (Austrália, Brunei, Canadá, Chile, China, Indonésia, Japão, Coreia do Sul, Malásia, México, Nova Zelândia, Papua Nova Guiné, Peru, Filipinas, Rússia, Cingapura, Tailândia Vietnã e Estados Unidos, além de Taiwan (Formosa) e Hong Kong). Além dos membros do TPP, inclui importantes economias, como a Coreia do sul, China e Rússia. Entre outros objetivos, busca promover o comércio e investimentos “livres e abertos”, bem como acelerar o processo de integração comercial da região. Disponível em: <http://www.apec.org/>.

conforme declaram os membros negociantes, como um acordo padrão para a “liberalização comercial do século XXI”⁶.

Mas a própria negociação do TPP, no entanto, está assentada em precedentes históricos que remontam ao acordo “P4” (em inglês, *Trans-Pacific Strategic Economic Partnership* ou *Pacific 4*), em vigor desde 2006, que tem como membros originais Brunei Darussalam, Cingapura, Chile e Nova Zelândia.

Este acordo figurou desde o início como o objetivo de dinamizar a cooperação econômica entre os países do eixo Ásia-Pacífico, especificamente entre os membros da APEC, demanda esta que adquire especial importância após o entrave das negociações promovidas pela organização acerca da constituição da FTAAP (Zona de Livre Comércio da Ásia-Pacífico) e, no plano mais amplo do regime de comércio internacional, também o entrave da Rodada Doha da OMC. Sem mais prosseguir em suas motivações de caráter histórico⁷, propõe-se que a importância do acordo P4 se dá na medida em que revela os *atributos chave* que virão a embasar a própria forma pela qual se negociará o TPP.

O primeiro desses fatores essenciais a ser citado consiste na diversidade geográfica dos membros. Apesar de não serem os membros fundadores economias de fulcral relevância no comércio internacional, nota-se que o P4 se constitui como um acordo de livre comércio de especial abrangência, pois, mesmo fora do âmbito multilateral, logrou êxito em compreender simultaneamente economias da Ásia, América e Oceania.

Um segundo fator é o alto padrão de liberalização proposto em suas cláusulas, nas quais figuravam desde o início das negociações o objetivo de elevação dos padrões que regem as trocas comerciais, almejando a liberalização progressiva de bens - incluindo os agrícolas - através da eliminação das tarifas, em sua totalidade para o Chile, Cingapura e Nova Zelândia, enquanto que o Brunei aplicaria as reduções de forma paulatina, mediante um tempo determinado de implementação (ELMS, LIM, 2011). Figurava também entre os objetivos prioritários a liberalização das áreas de investimentos e serviços, sendo este último negociado através de uma lista negativa de

⁶ Disponível em: <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2009/december/ustr-ron-kirk-remarks-trans-pacific-partnership-n>

⁷ Não obstante, se pretende analisar com mais vagar essas questões na seção seguinte, partindo especificamente da perspectiva da política comercial norte-americana.

liberalização, e outros assuntos relacionados ao comércio, como política de competição comercial e propriedade intelectual.

Por último, cita-se o acordo enquanto “modelo de expansão” na medida em que buscou dotar-se de flexibilidade suficiente para absorver novos membros ao longo de seu processo de negociação, atraindo, em primeiro lugar, outros países da APEC, através tanto dos altos padrões de liberalização como da diversidade geográfica e econômica dos países signatários. Em um momento subsequente, o acordo buscava se expandir ainda mais, se apresentando como molde básico para a constituição de uma Zona de Livre Comércio na região da Ásia-Pacífico. (LEWIS, 2011)

Essa caracterização do acordo P4 tem o intuito não outro senão observar que o que se chamou de “atributos chave” não só são abarcados pelos negociantes do TPP, em nível de retórica, mas passam a pautar também sua negociação, conforme se observa na primeira conferência do TPP em Honolulu, no ano de 2010. A partir de 2009, com o acordo P4 já em vigor desde 2006, passou-se a negociar sua expansão para além dos quatro membros originais. Com a adesão dos EUA neste mesmo ano, se inicia oficialmente a negociação do *Trans Pacific Partnership*, e nota-se que a diversidade geográfica continua enquanto tendência nas adesões subsequentes da Austrália, Peru, Malásia e Vietnã, dos outros dois membros do NAFTA, Canadá e México, no ano de 2012, e do Japão em 2013.

O objetivo de elevar os padrões de liberalização comercial pode ser também identificado no TPP. O acordo não só busca garantir - como também buscou o P4 - o acesso amplo e ambicioso ao comércio, eliminando barreiras tarifárias e não tarifárias na totalidade dos produtos comerciais, mas amplia o escopo dessa liberalização ao lidar de forma mais abrangente com as questões transversais ao comércio e *trade-related issues*, tais como a coerência regulatória, a competitividade, facilitação de negócios para empresas de pequeno e médio porte, bem como a identificação de novos desafios e questões comerciais que eventualmente surjam com a inovação tecnológica, incluindo os direitos de propriedade intelectual.

O modelo de expansão, por seu turno, está também presente. Sendo possível observar que o TPP retém o objetivo expresso no P4 de constituir-se como base para um futuro acordo “inteiramente regional”, promovendo o desenvolvimento econômico e a criação de uma cadeia de logística entre os países signatários e mantendo, para tanto, flexibilidade suficiente para cooptar outros países do eixo Ásia-Pacífico. (ELMS; LIM, 2011)

Essas características, como se afirmou, não são citadas de maneira meramente exortatória, mas pautam de fato a negociação do TPP, informando as diretrizes gerais para o acordo, conforme o que se divulga pelos próprios membros quando da reunião ministerial em 2011⁸. Nesta referida reunião os líderes negociadores definiram a pauta do acordo com base em cinco *dimensões*, nas quais se encontram de forma difusa as características chave do TPP.

Conforme o que os ministros comunicam, através do documento, a primeira dimensão seria um acesso “compreensivo” ao mercado, eliminando barreiras ao comércio, além de negociar pacotes de acesso em bens, serviços e investimentos. A segunda dimensão consiste na “regionalidade” do acordo, de modo que este seja construído para facilitar o comércio e o desenvolvimento de cadeias de suprimento e produção entre os países membros, buscando o consenso sobre a constituição de uma tarifa única e regras comuns de origem.

A terceira dimensão abrange questões transversais ao comércio, que visam diminuir o encargo para conformação e manutenção do acordo. São as áreas abordadas para esse fim: a efetividade de comunicação entre as partes negociantes e os grupos de interesse, a competição desigual de empresas estatais nas licitações governamentais e a criação de flexibilidades para abarcar a questão dos diferentes níveis de desenvolvimento entre os países membros.

A quarta dimensão versa sobre a necessidade de ser o acordo capaz de responder aos novos desafios impostos ao comércio, enquanto que a quinta coloca o TPP como um “acordo vivo”, capaz de adaptar-se e incluir novas dimensões da atividade comercial, bem como novos membros de dentro ou fora da região Ásia-Pacífico.

As constantes referências aos elementos que se enquadram nos três atributos acima descritos podem ser encontradas tanto na bibliografia produzida sobre o tema, como nos documentos da negociação. Não se pretende, porém, a partir delas, buscar compreender o TPP e o P4 em sua totalidade enquanto fenômenos, ou de ressaltar esses atributos como “inovações” e especificidades dos dois acordos.

Com efeito, outros acordos comerciais em negociação estabelecem objetivos bem definidos acerca da constituição de uma zona regional de livre comércio, alguns

⁸Disponível em: <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>

deles inclusive para a região da Ásia-Pacífico, como as propostas da ASEAN⁹, e o fato de ser o acordo geograficamente diverso, malgrado a importância econômica da região, se mostra como que um alento para a impossibilidade de uma comercialização multilateral.

Também não se pode declarar nada de extraordinário acerca do alto padrão de liberalização, apesar de avançar de forma importante em algumas áreas, como o tratamento das empresas estatais e mesmo a questão PI - conforme se discute no restante do texto - nota-se que esta não é uma orientação exclusiva do TPP: os países membros, seja no contexto asiático ou fora dele, mostram-se muito receptivos a elevação do nível de liberalização nessas áreas (HERREROS, 2011). Os EUA em específico, já negociam a liberalização de altos padrões em nível bilateral, principalmente após as duas administrações Bush (2001-2009).

A constante referência do discurso oficial a um “acordo do século XXI” se mostra mais como retórica que realidade. A ruptura proposta na prática pelo TPP parece ser menor, pois não é um acordo criado simplesmente com a finalidade de ser o modelo de liberalização, mas antes uma amálgama de tendências que se encontram disseminadas entre outras propostas de acordos de liberalização comercial, avançando de forma importante em algumas áreas segundo a preferência dos países membros.

Apesar de esses atributos não implicarem, cada um deles, em especificidades que sugiram estar o TPP está numa posição absolutamente superior em relação às demais tendências atuais de liberalização, argumenta-se que sua importância para a política comercial dos EUA está justamente no agrupamento de todos esses elementos em um mesmo acordo. Ou seja, trata-se de um acordo com alto padrão de liberalização e que busca a adoção de normas OMC-plus; com a maior abrangência regional, incluindo região de grande importância estratégica para o país; e embasado por uma agenda de negociação ‘viva’, tendendo à ampliação dos membros e a regionalização.

A argumentação que se desenvolve na seção seguinte parte desse pressuposto, buscando compreender de forma específica o lugar do acordo na agenda norte-americana de política comercial. Prossegue-se então com a análise da dimensão de

⁹ Uma das propostas mais importantes é a ASEAN +3 (países da ASEAN acrescidos da China, Japão e Coreia do Sul). Em negociação desde 1997 e atualmente na sua 11ª rodada, o acordo promove a cooperação nas áreas comerciais e financeiras, como também em política e segurança. Disponível em: <http://www.asean.org/asean/external-relations/asean-3/item/asean-plus-three-cooperation>.

estratégia comercial envolvendo o TPP, abordando as diferentes estratégias dos EUA para a aproximação com a região.

1.2 Política comercial dos EUA para Ásia

Uma vez exposto o que se identificou como atributos chave do TPP, busca-se avaliar a importância desse acordo para a política comercial dos Estados Unidos. A manifestação de interesse do país para com o acordo remonta à época da segunda administração Bush, no ano de 2008, sendo a negociação sobre serviços, investimento e propriedade intelectual as questões prementes (LEWIS, 2011). A entrada dos EUA nas negociações para a expansão do P4, porém, ocorre em 2009, já na administração Obama e, como visto, só a partir de então se iniciam propriamente as negociações do TPP, sendo os EUA seguidos pelas adesões dos atuais membros.

Conforme declarado pelo embaixador do *United States Trade Representative (USTR)* à época da adesão dos EUA às negociações do TPP, os objetivos do país para com o acordo repousariam em duas grandes questões, a saber: tornar a região da Ásia-Pacífico o centro mais colaborativo da economia mundial, e fazer uso do acordo como base para a liberalização comercial do século XXI e para os futuros acordos que venham a ser constituídos pelos EUA¹⁰. Uma análise do contexto no qual se deu a adesão dos EUA parece confirmar o que se deixa a entender no discurso oficial ao menos em um sentido estrito: a *potencialidade* do acordo - e não os ganhos econômicos mais imediatos - é o principal motor da política comercial para o TPP.

Com efeito, o que corrobora essa visão é o fato de que o país já possui acordos preferenciais de comércio com todos seus integrantes, excetuando-se a Nova Zelândia, Vietnã, Brunei - cujos mercados possuem atrativos, mas não o suficiente para *per se* incentivar a entrada dos EUA¹¹. O Japão, que, embora relevante, entrou no acordo apenas em 2013, de forma que não poderia ter sido o motivo para entrada dos EUA em 2009. Outrossim, nota-se que essa explicação pode muito bem ser estendida a outros

¹⁰ Informações disponíveis em: www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2009/december/ustr-ron-kirk-remarks-trans-pacific-partnership-n.

¹¹ Conforme Lewis (2011) nenhum dos três países seria o fator explicativo para adesão dos EUA ao TPP, pois o equívoco de uma eventual ideia de que o mercado do Vietnã tenha sido a questão central para sua atração repousa no fato de que o país asiático, embora importante, entrou no acordo apenas depois da adesão norte americana. A Nova Zelândia, a despeito de constantemente afirmar seu interesse em constituir um acordo preferencial de comércio com os EUA, nunca chegou a lograr êxito em obtê-lo. Por fim, a economia de Brunei Darussalam não possui nenhum atrativo que explique por si a adesão dos EUA, dado o seu pequeno tamanho e irrelevância no comércio internacional.

países membros do acordo. Não só os EUA possuem acordos de livre comércio com a maioria dos membros, mas também outros países, como Chile e Peru¹². Considerando que quando da entrada desses países na negociação ainda não havia economias desenvolvidas como Canadá e Japão, elas só se explicariam pela potencialidade de o acordo cooptar outras economias na região. (HERREROS, 2011).

Tendo em vista essas questões, a hipótese que se aventa é de que os objetivos dos EUA para com o acordo do TPP visam o longo prazo - desencorajando uma possível visão em que preponderam ganhos econômicos mais diretos com a abertura comercial - de modo que o país teria enxergado oportunidades que excedem o intercâmbio mais imediato com os seus membros, pautando-se, então, na *potencialidade* do acordo. Por sua vez, a inclusão de matérias vinculadas ao comércio nas negociações, respondendo às demandas específicas dos EUA, como é o caso das normas de PI com padrões TRIPS-*plus*, também pode ser considerada uma possível positividade do acordo para o país.

O que o acordo detém em potência consiste na sua capacidade de expandir e cooptar outras economias na região da Ásia-Pacífico, e argumenta-se que esta capacidade está relacionada com os atributos chave que acima se listou. Compreende-se a importância do acordo deter os atributos de diversidade geográfica, alto padrão de liberalização e uma grande flexibilidade para assimilar novos membros uma vez que estes o habilitaram a ser fonte de atração para as economias hoje parte do TPP, sendo possível que o mesmo aconteça em relação a outros possíveis membros.

Porém, apenas ressaltar o que se chamou genericamente de “potencialidade” - baseando-se, no entanto, de forma específica em seus atributos - não se mostra suficiente para entender a verdadeira importância do acordo para a política comercial dos EUA. Para tanto se faz necessário compreender igualmente como o acordo corresponde com a estratégia geral do país perante a região da Ásia-Pacífico.

O histórico das estratégias dos EUA para a região da Ásia-Pacífico é diverso, assumindo algumas facetas antes de resultar propriamente no TPP. Em primeiro lugar, os EUA perseguiram a aproximação econômica com a região através de uma abordagem multilateral, concretizada na APEC. Formalizada em 1989, a organização teve o duplo escopo de articular a cooperação entre as economias do eixo Ásia-Pacífico, e, ao mesmo tempo, mediante a pressão dos EUA, fazer frente às iniciativas de cooperação

¹² Tendo este último ratificado acordos bilaterais com Chile, EUA e Cingapura que correspondem praticamente a totalidade das exportações feitas as economias do TPP. (HERREROS, 2011)

econômica exclusivamente asiáticas, tais como a proposta da Malásia para a criação de um “Grupo Econômico do Leste Asiático” e mesmo outras estruturas multilaterais, como de fato veio a se concretizar em 1994 com a ASEAN. (BARFIELD, LEVY, 2009)

Apesar das constantes reafirmações de comprometimento com a APEC feitas pelos EUA no decorrer das duas administrações Clinton, que buscou incrementar a autonomia da organização através da instituição de reuniões ministeriais e a adoção de planos ambiciosos para liberalização em comércio e investimento, uma série de fatores acabou por minar a estratégia de aproximação por esta via multilateral. O dissenso logo despontou acerca da forma pela qual se dariam os acordos no âmbito da organização: os EUA pretendiam que os acordos se dessem de forma mandatória, à maneira da OMC, com um processo vinculante e progressivo de abertura comercial, enquanto que os países asiáticos em geral sublinhavam a necessidade de um processo não vinculatório e de uma abertura comercial em que predominava o voluntarismo. (SOLÍS, 2012).

Além deste fato, citam-se as tensões que advieram da crise financeira conforme se processou na Ásia em 1998, tendo os EUA se oposto à criação do Fundo Monetário Asiático, proposto pelo Japão, e se negado a participar no pacote de fundos para o socorro da Tailândia. Mesmo a disputa acerca das origens da crise se tornou um ponto tensão, com os países asiáticos enxergando nelas a falta de regulação e a excessiva volatilidade do capital financeiro, enquanto que os EUA culpavam a ausência de um sistema financeiro eficiente e estruturado, bem como o intervencionismo das políticas industriais e o favorecimento nocivo de grupos privados associados com a burocracia estatal no chamado “*Crony capitalism*”¹³ (SOLÍS, 2012).

Os desdobramentos seguintes à crise implicaram no crescente declínio da importância da APEC, principalmente entre os países asiáticos. Estes então se propuseram a perseguir alternativas, em âmbito multilateral, com o crescente fortalecimento da ASEAN, e também em âmbito bilateral, dado o *boom* de acordos preferenciais de comércio que se seguiu a crise do final da década de 1990. Esta última dimensão, de cunho bilateral, passa a ser também a nova tônica da estratégia dos EUA para a política comercial em geral, e o eixo pacífico-asiático em particular.

¹³ A crítica dos EUA ao intervencionismo do Estado na economia e o favorecimento deliberado de setores privados acaba por se configurar numa incoerência com suas próprias políticas. As razões de tal afirmação serão exploradas com mais vagar no terceiro capítulo deste trabalho. Cf, *infra*, Seção 3.2, “*Impactos sobre o policy space.*”

A “liberalização competitiva” surge enquanto uma abordagem sistemática na administração Bush (2001-2009). No estado geral de entrave nas negociações de liberalização de comércio, seja na OMC, em âmbito multilateral, ou na APEC e ALCA em âmbito regional, os EUA passam então a buscar a negociação de padrões elevados de liberalização de forma bilateral. Aparentemente de forma pouco complexa e mesmo previsível, essa estratégia acaba por demonstrar algumas sutilezas quando se observa seu funcionamento específico.

Nota-se que a referida estratégia centraliza o comércio internacional em torno dos EUA, atraindo as economias interessadas para fora do âmbito multilateral e esvaziando assim as negociações nesse tipo de fórum, ao mesmo tempo em que negociam com países em desenvolvimento normas OMC-*plus*, que em múltiplas áreas implica no aumento de custos e de limitações em termos de elaboração de políticas nacionais para esses países - ainda mais em âmbito bilateral, no qual a possibilidade de barganha tende a ser consideravelmente menor¹⁴. (QUILICONI, WISE 2009)

Não obstante seus riscos, em grande parte o sucesso final dessa estratégia de política comercial dos EUA no contexto asiático encontra-se relativizado. Apesar de ter logrado êxito em negociar acordos com Cingapura, Austrália e o importante acordo *KORUS* (em inglês, *Korea-United States Preferential Trade Agreement*) com a Coreia do Sul, ainda assim, não se pode dizer que foi uma estratégia de todo bem sucedida, pois não conseguiram os EUA atingir as economias em desenvolvimento e de médio porte da ASEAN, a China e nem mesmo o Japão.

O *KORUS* é, de fato, um acordo extremamente “progressista” em termos de liberalização, lidando especificamente com áreas sensíveis de comércio entre os dois países, como agricultura e uma ampla gama de bens manufaturados, desde a indústria têxtil à automobilística, além de versar sobre outras questões específicas não menos delicadas, como Investimento Externo Direto (IED), licitações governamentais, direitos trabalhistas e propriedade intelectual. (WILLIAMS *et al.* 2014)

Porém, as expectativas da política comercial dos EUA envolvendo esse acordo não foram correspondidas, uma vez que esperavam uma espécie de “efeito dominó” partindo deste, havendo os outros países, asiáticos especialmente, de procurar estabelecer com os EUA acordos similares com o intuito de evitar a exclusão e desvio

¹⁴ Essas duas dimensões, *i.e.*, fragmentação do regime multilateral e impacto sobre as políticas domésticas ou *policy space* não são apenas impactos específicos ocasionados pelos acordos bilaterais, mas argumenta-se que também o são pelo TPP. Ambas foram abordadas no terceiro capítulo deste trabalho.

de comércio. De fato, esse fenômeno não se observou na realidade; nem os países em desenvolvimento como a China e os membros da ASEAN¹⁵, ou o desenvolvido Japão, que seria atraído pela suposta necessidade de compensar o desvio de comércio dos EUA para a Coreia, demonstraram interesse em assumir os encargos e o nível de liberalização demandados pelo KORUS, tendo os próprios EUA e Coreia do Sul enfrentado uma forte oposição interna ao buscar fazê-lo entrar em vigor.

Neste contexto, então, se desenvolve uma terceira estratégia, que consiste na busca da aproximação através não do meio multilateral ou bilateral, mas sim na negociação com membros *like-minded*, em âmbito *plurilateral*. Conforme exposto, as importantes economias da China, os países da ASEAN e o Japão não conseguiram ser atraídas para o comércio preferencial com os EUA mediante a lógica da liberalização competitiva, e mesmo o ambicioso acordo KORUS não logrou êxito em deflagrar o efeito dominó esperado. Não só os países asiáticos membros da ASEAN não foram atraídos, como prosseguiram com objetivos claros de aumentar aprofundar integração entre as economias da Ásia e mesmo com economias do pacífico, com as propostas da ASEAN +1, +3 e +6.¹⁶ As duas primeiras possibilidades estão relacionadas com os interesses da China, enquanto que o Japão expressa uma preferência pela última, como uma forma de contrabalancear a disparidade de influência da China com um número maior de economias. (MEGUMI; SHUJIRO, 2013)

Neste contexto se reavivam as preocupações dos EUA sobre sua exclusão do processo de integração econômica asiática. Com efeito, esse risco foi percebido inclusive por parceiros comerciais do país na região, tendo o Primeiro Ministro de Cingapura na época, Lee Kuan Yew, alertado para o risco de a China despontar enquanto liderança econômica na Ásia ao se associar com a ASEAN, e, com isso, levando a exclusão real dos EUA. O Primeiro Ministro exortou a ação dos EUA para perseguirem uma abordagem comercial mais assertiva para a região, buscando exercer

¹⁵ Com efeito, países membros da ASEAN, como Tailândia e Malásia, este último também membro do TPP, acabaram por rejeitar um acordo bilateral com os EUA em função da incompatibilidade entre cláusulas propostas, baseadas no KORUS, e sua legislação nacional em várias áreas, tais como: serviços, investimentos, política de competição, licitações governamentais e proteção da propriedade intelectual. (SOLÍS, 2012).

¹⁶ Atuais membros da ASEAN (Brunei Darussalam, Camboja, Cingapura, Filipinas, Indonésia, Laos, Malásia, Mianmar, Tailândia e Vietnã) acrescidos de China (ASEAN +1), Coreia do sul, Japão (ASEAN +3), Índia, Austrália e Nova Zelândia (ASEAN +6). Nota-se que esses dois últimos são membros do TPP.

um papel de liderança, e que não se permitisse a criação de um “muro” no meio do pacífico, a separar os EUA e os países asiáticos¹⁷. (BARFIELD; LEVY, 2009)

Levando em conta esses problemas, a estratégia que então se delineia consiste numa reformulação da liberalização competitiva, voltando-se, então, para o contexto plurilateral. O primeiro desdobramento dessa dita estratégia é o de retomar a liderança através da APEC. Porém, tendo conhecimento com os erros pregressos, o objetivo não foi o de reavivar a APEC enquanto uma organização baseada em tratados multilaterais vinculantes, mas, de maneira compatível as demandas dos países asiáticos na organização, consistiu na proposição de um acordo cuja adesão era voluntária, o chamado FTAAP (em inglês, *Free Trade Area of Asia and Pacific*).

A proposta é formalmente feita pelo conselho da APEC ainda em 2004, mas a administração Bush tomou dois anos para manifestar interesse em avaliar os custos e benefícios do acordo, e, apenas em 2007, acaba por de fato assumir uma posição de liderança na negociação do FTAAP.

A possibilidade de os EUA reavivarem a APEC através da FTAAP dependia fundamentalmente do aprofundamento de seu compromisso com a região, sendo aos EUA necessário levar em conta as flexibilidades necessárias para a negociação com países diversos, mantendo não apenas a natureza voluntária do acordo, mas também limitações e exceções às cláusulas negociadas segundo o diferente nível de desenvolvimento dos países que fazem parte da organização, visto que a Malásia e Tailândia já recusaram acordos de livre comércio com os EUA baseando-se nessas questões. Portanto, também se faz necessário compreender a atual visão dos países asiáticos sobre a integração, expressa através das tendências dos acordos preferenciais de comércio constituídos entre si. (BARFIELD; LEVY, 2009)

Apesar de possível, o prognóstico é de a FTAAP acabe como uma iniciativa infrutífera, não conseguindo um verdadeiro contraponto as propostas da ASEAN. Isto se deve tanto ao problema de negociar altos padrões de liberalização com os países em desenvolvimento da Ásia-Pacífico, acarretando no simples desinteresse destes por não se adequar a sua visão de comércio¹⁸, mas também a provável incapacidade da APEC,

¹⁷ Preocupação levantada expressamente por James Baker, secretário de Estado norte-americano quando da época da criação da APEC. Segundo o mesmo, seria um erro estratégico que se permitisse a regionalização das economias da Ásia e do Pacífico sem os EUA, de modo que “*no line would be drawn in the middle of the pacific*”.(BARFIELD; LEVY, 2009)

¹⁸ Não apenas os já citados países em desenvolvimento da ASEAN, mas também os países emergentes membros da APEC, como China e Rússia.

dado o seu baixo nível de institucionalização, de lidar com um acordo de grande porte com várias economias importantes do leste da Ásia e do pacífico. (AGGARWAL Apud SOLÍS, 2012).

O segundo desdobramento da estratégia plurilateral resulta exatamente no TPP. O interesse em fazer parte do referido acordo P4 se expressou ao final da segunda administração Bush, sendo levado a cabo em 2009 na administração Obama, quando o acordo passa formalmente a ser denominado como *Trans Pacific Partnership*. O TPP, na sucessão de estratégias que se expôs, passa então a ocupar os lugares que antes foram ocupados pelo FTAAP, pela liberalização competitiva e pela APEC enquanto “plataforma” de projeção dos EUA.

Seu grande objetivo seria o de consolidar a cooperação econômica do país com a economia da região Ásia-Pacífico e alçá-lo enquanto líder da integração econômica dessa região, na medida em que o TPP venha a de fato exercer a função de acordo padrão para os países da APEC. Dessa maneira, busca-se influir sobre a cooperação “intra-ásia” e contrabalancear a liderança da China e da ASEAN, expandindo seu escopo geográfico. Alterando a orientação circunscrita a Ásia para o mais amplo “bloco da Ásia-Pacífico” os EUA evitam sua exclusão do processo de integração econômica na Ásia ao passo que incrementam sua capacidade de liderança, incluindo economias do pacífico com as quais já tem estabelecido importantes acordos no âmbito comercial, como a Austrália, mas especialmente as do continente americano, como o Canadá e México, parceiros comerciais na zona de livre comércio do NAFTA, e também Chile e Peru.

A referida *potencialidade* do TPP seria assim elucidada: não consiste nas oportunidades econômicas apenas, especialmente em termos de comércio de bens, mas numa possível via pela qual pode o país construir uma liderança econômica na Ásia e na conformação de um acordo que tenha capilaridade e capacidade de expansão. Propõe-se que o TPP passa a ser visto como uma via estratégica importante para os EUA justamente por causa de seus atributos, *i.e*, pelo fato de ser geograficamente diverso, perseguir altos padrões de liberalização e manter flexibilidade suficiente para assimilar novos membros¹⁹.

¹⁹ Essa hipótese, por seu turno, muito embora de forma difusa, é constantemente referida na literatura que trata do tema da estratégia comercial dos EUA com maior sistemática. Encontra-se em trabalhos cujos quais já se fez referência ao longo dessa seção, como em Meredith Lewis (2011), Elms e Lim (2011) Barfield (2009) e Barfield e Levy (2009). Baseiam-se justamente no alto nível das cláusulas e a abertura para membros ao longo do processo de negociação como os principais fatores a dotar o TPP de

Apesar de importantes, os atributos do TPP e seu papel de plataforma na política comercial dos EUA para Ásia indicam apenas uma parte dos motivos deste país para propor a negociação de um capítulo específico de propriedade intelectual. Embora tratada como um *trade-related*, a negociação internacional em normas de propriedade intelectual possui uma dinâmica própria, sendo a estratégia de *forum shifting* dos EUA o objeto do qual se ocupa o próximo capítulo. Argumenta-se sobre o teor maximalista da agenda de propriedade intelectual que pauta negociações levadas a cabo por esse país, bem como esta se reflete especificamente no capítulo proposto pelos EUA no TPP.

capacidade de influência. A partir dessas considerações, Solís (2012) assevera que “*The TPP has become the main vehicle in the economic front to ensure America’s staying in power in Asia*”, muito embora não sugira um necessário sucesso dessa estratégia.

Capítulo 2 – O TPP e a política de *forum shifting* norte-americana para a propriedade intelectual.

O objetivo deste capítulo é expor a estratégia de *forum shifting* como uma forma recorrente dos EUA para negociar a PI em âmbito internacional. Na seção 2.1 argumenta-se que a demanda pelo TRIPS teve origem nos EUA e que sua negociação se deu por uma estratégia de *forum shifting* horizontal, transferindo a pauta da PI da OMPI para a OMC, segundo as vantagens apresentadas por esse último fórum em termos de quantidade de membros, vinculação das obrigações acordadas, possibilidade de barganha cruzada e de *enforcement* do acordo negociado.

A seção 2.2 se concentrou em discutir as tendências da estratégia de *forum shifting* no contexto pós-TRIPS. A forma vertical dessa estratégia passa a ganhar mais evidência, com os EUA atrelando a questão da PI em acordos preferenciais de comércio, sempre mantendo a abordagem *maximalista*, que implica numa visão da PI na qual a maior proteção dos direitos privados é a principal questão a se lidar. O capítulo de PI proposto no TPP seria o mais recente desdobramento dessa estratégia de *forum shifting* para negociação de normas TRIPS-*plus*.

2.1 O TRIPS como uma estratégia de *forum shifting* horizontal

Feita a exposição, em linhas gerais, da importância do TPP para a política comercial dos EUA, se dá continuidade à análise com uma discussão específica sobre o posicionamento do país acerca da inclusão da temática de propriedade intelectual (doravante, PI) no acordo.

O capítulo em PI proposto para o TPP corresponde então ao desdobramento mais recente da estratégia de *forum shifting*, utilizada sistematicamente pelos EUA como uma forma de elevar os padrões das cláusulas em negociação no meio internacional, pressionando por normas mais “privatizantes”, em geral ampliando o termo de proteção oferecido e o escopo de tecnologias compreendidas.

Por *forum shifting* se entende uma estratégia que visa incrementar a posição de um determinado país ou grupo de países em uma negociação internacional através de uma mudança deliberada de fórum. Seu objetivo é a transferência da pauta de negociação de um fórum que se encontra em impasse ou forte oposição para outro no

qual se tem uma maior possibilidade de barganha ou uma abordagem mais específica e funcionalista, sendo possível conduzir a negociação de forma mais satisfatória. (HELPER, 2004; SELL2011; BENVENISTI, DOWNS, 2007). Denomina-se *forum shifting* “horizontal” quando a transferência se dá entre instâncias multilaterais, e *forum shifting* “vertical” quando se opta por transferir negociações do âmbito multilateral para instâncias preferenciais, tais como acordos bilaterais, regionais e plurilaterais. (SELL, 2011)

A utilização da estratégia de *forum shifting* em PI já se mostra como uma abordagem consolidada na política comercial norte-americana quando do advento do TPP, com implicações em ambos os sentidos, seja horizontal ou vertical. Com efeito, o acordo que estabeleceu o paradigma atual do regime internacional de PI, o acordo TRIPS, pode ser incluído dentre um dos resultados da estratégia de *forum shifting* dos EUA.

Antes da proposição do TRIPS na Rodada Uruguai do GATT, o regime internacional de PI tinha nas convenções de Paris (1883) e Berna (1886) seu paradigma fundamental, e na Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) seu principal fórum de coordenação e elaboração de normas. Porém, mudanças que se atribuem ao nível da estrutura econômica e dos agentes e instituições²⁰, promoveram uma revisão importante na maneira como a PI era abordada nos EUA, e, através da ação desse país, também se modifica de forma paradigmática o regime internacional de PI.

No nível sistêmico, discute-se que a alteração da estrutura de mercado internacional, com as políticas de desregulação dos anos 1980 e a internacionalização da produção, beneficiara de maneira clara empresas de alta tecnologia, grande parte delas inovadoras e demandantes de maiores níveis de proteção da PI.

Muito embora as condições sistêmicas possibilitassem a ascensão de grupos específicos, se fez necessária à atuação deliberada dos agentes para de fato garantir uma proteção mais abrangente a PI. Tendo sido advogada de variadas maneiras por grupos de empresas privadas, destaca-se o papel do *Intellectual Property Committee* (IPC)²¹, grupo cujos membros incluíam empresas produtoras de tecnologia de ponta como softwares, fármacos e biotecnologia, e que se mostrou capaz de atrelar a necessidade de proteção da PI como forma de manutenção das vantagens comparativas e da liderança

²⁰ Aqui se retoma a exposição feita sobre as perspectivas analíticas deste trabalho.

²¹ O IPC era constituído pelas seguintes empresas: Bristol-Myers, CBS, Du Pont, General Electric, General Motors, Hewlett-Packard, IBM, Johnson&Johnson, Merck, Monsanto, e Pfizer.

econômica dos EUA, enquanto sustentava a positividade global de um regime internacional de proteção tal qual o TRIPS. (SELL, 2003;CORREA, 2000)

No nível das instituições citam-se as emendas da lei de comércio de 1984 e o *Omnibus trade and Competitiveness ACT* de 1988 que atrelaram de forma definitiva a abordagem da PI como uma questão *trade-related* na legislação nacional. Porém, de forma em especial, se tem a criação do Tribunal de Apelação Federal (em inglês, *CAFC*) e da lei *Bayh-Doyle*. O primeiro, através de suas sentenças de adjudicação, acabou por estabelecer uma jurisprudência em que se privilegiam direitos de PI perante sua limitação, passando a conceder patentes para setores que até então eram contestados²². A lei *Bayh-Doyle*, por seu turno, possibilitou com que instituições públicas passassem a ter o direito de registrar patentes, mas também o direito de explorar essas patentes de forma conjunta com empresas privadas ou conceder a estas o direito de exploração, tornando-se alvo de críticas dos acadêmicos ao dar preferência às empresas norte-americanas nessas concessões de exploração e de permiti-las, mesmo na ausência de contribuição dos atores privados no processo inventivo. (JAFFE, 1999).

As mudanças dos EUA, porém, não se restringiram ao âmbito interno, mas causaram uma reorientação da política comercial do país para a PI e na reestruturação do próprio regime, especialmente depois que o IPC, com intermédio do USTR, se reuniu diretamente com seus equivalentes na União Europeia e Japão²³, que também lograram êxito em conduzir as preferências das burocracias nacionais no sentido semelhante de retórica “progressista” em PI (SELL, 2003).

Uma vez constituído tal arranjo e estabelecido esse conjunto de preferências, se promoveu uma estratégia *forum shifting* de tipo horizontal para aprovação de um acordo cuja finalidade era estabelecer termos mínimos de proteção a PI, estendendo essa proteção a todas as formas de tecnologia existentes. De fato, o TRIPS, acordo mais

²² Esse fato, por seu turno, advém da flexibilização da doutrina dos equivalentes. A liberalização dessa doutrina, como pode ser depreendida dos casos julgados pelo CAFC, indica uma maior flexibilidade no que pode ser considerado “útil”, de modo que patentes passaram ser concedidas ao que antes era tido como instrumentos de pesquisa, justificando que irão ser úteis para futuros avanços científicos.

A consequência, então, foi a deflagração de uma série de reivindicações de patentes pela sua virtual ou potencial utilidade, transformando, assim, a própria natureza da patente de “*prêmios*” para inventores para simples “*licença de caça*”. Como consequência última, áreas da tecnologia que não eram antes protegidas por patentes passam a sê-lo, como biotecnologia, softwares e métodos de trabalho, e estes consistem justamente em setores nos quais os EUA estavam na fronteira tecnológica. (CORIAT; ORSI, 2002)

²³ As contrapartes do IPC na Europa e no Japão eram, respectivamente, a *Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe* (UNICE) e o *Keidanren* (Federação Japonesa de Organizações Econômicas).

abrangente e privatizante em PI negociado desde então, se constitui enquanto tal não no âmbito da OMPI - até então instituição central no regime de PI - cuja abordagem era pouco institucionalizada e baseada em tratados não-vinculatórios, mas na OMC, em que a cláusula vigente do *single undertaking* tornou obrigatório a todos os seus membros aceitar um pacote de negociação que incluía um capítulo em PI.

O maior número de membros possibilitava uma maior abrangência do acordo, ao passo que a negociação da PI como *trade related* denotava a possibilidade de uma barganha mais substantiva, sendo o comprometimento dos EUA, U.E e Japão sobre a concessão na área dos produtos agrícolas um importante fator a explicar a aceitação do TRIPS pelos países em desenvolvimento, inicialmente opositores²⁴. (CORIAT, 2002).

Além disso, no âmbito da OMC o acordo foi provido de uma capacidade muito maior de *enforcement*, com a possibilidade de abertura de painéis no mecanismo de solução de controvérsias da organização e uma série de sanções legalizadas a serem tomadas no caso de uma não conformação com o texto acordado, de modo que a não concessão de proteção a determinados tipos de tecnologia e a literatura; o desrespeito ao termo de proteção de patentes e direitos autorais; a pirataria e contrafação, passaram a ser passíveis de punição pela instituição mais importante do regime de comércio. (Idem, Ibidem).

2.2 O *forum shifting* vertical em normas TRIPS-plus

Assim, observa-se que o TRIPS, paradigma do atual regime internacional de PI, é fruto de uma estratégia de *forum shifting* de tipo horizontal na medida em que implicou no esvaziamento de uma organização multilateral em favor de outra, visto que a OMC se mostrou dotada de maior capacidade de barganha e de *enforcement* que a OMPI. No contexto pós-TRIPS, porém, todas as subseqüentes administrações do executivo dos EUA se apresentam como um elemento de continuidade na política comercial de *forum shifting* para a PI, buscando a negociação de normas TRIPS-plus²⁵.

²⁴ Nota-se que se aludiu a apenas uma das dimensões da estratégia pelos EUA na *imposição* do TRIPS. A recusa sistemática de propostas alternativas ao texto negociado e o uso seletivo da *special 301* sobre os países opositores foi a contraparte em termos de demonstrações de liderança e coerção que os EUA fizeram uso. Cf, *supra*, p. 4 “*Perspectivas teóricas e analíticas*”

²⁵ Após a negociação do TRIPS, o setor privado nos EUA continuou a pressionar pela maior proteção tanto em âmbito nacional como internacional, avançando no termo de proteção das patentes, dos direitos autorais e a criação de outros direitos de proteção como a exclusividade de dados. De fato, nota-se que os padrões mínimos estabelecidos no TRIPS são encarados como uma espécie de “plataforma” para futuros avanços na proteção a PI. (SELL, 2011)

Com efeito, a sistemática progressão no nível de proteção advogada para a PI se observa desde antes da constituição do TRIPS. Remontando ao governo Reagan, e chegando até a atualidade com a administração Obama, a política comercial dos EUA, no que se refere à PI, encontra-se pautada por uma abordagem dita *maximalista*.

O maximalismo, por seu turno, implica no apoio a leis duras e privatizantes em PI, possuindo três características básicas, a saber: a busca por um maior termo de proteção à patentes, ampliando os setores tecnológicos contemplados e dando maior eficiência às punições sobre infrações; uma retórica que relaciona de forma positiva e inequívoca o nível de proteção concedido e a taxa de inventividade na economia; e a resistência contra quaisquer esforços de interpretação da legislação no sentido de obter flexibilidades à proteção de direitos adquiridos. (HALBERT, 2011)

Sendo, portanto, uma abordagem comum tanto aos governos democratas e republicanos indistintamente, o maximalismo pode ser entendido como uma espécie de “política de estado”, conforme a análise de Debora Halbert. As principais fontes do maximalismo nos EUA provêm do sistema legal, em especial após o advento do *CAFC*, cujas decisões favorecem a maximização da proteção mesmo quando há brechas para a interpretação mais flexível da legislação de PI. Além deste fator, também são reconhecidos como fontes de maximalismo a chamada literatura “não crítica”, que ajuda a popularizar essa visão específica ao disseminar livros informativos destinados a inventores, artistas e autores sobre a importância de possuírem direitos de PI, bem como os *reports* do governo e de grupos de interesse privado sobre o assunto, que em grande medida ressaltam o prejuízo da pirataria imposto à economia dos EUA e da premência da ação do governo em assegurar o *enforcement* de regras em PI. (Idem, Ibidem)

No contexto pós-TRIPS, administração Bush (2001-2009) é uma das mais agressivas ao perseguir a agenda maximalista de normas de PI, atuando com maior ênfase após as negociações no conselho do TRIPS na OMC se mostrarem em entrave²⁶. De início, optou-se pelo *forum shifting* de tipo horizontal, transferindo as negociações em normas TRIPS-*plus* para outros fóruns multilaterais, como o G8, ASEAN, OCDE, Organização Mundial de Saúde (OMS) e Organização Mundial de Aduanas (OMA). Nesta estratégia de *forum shifting* horizontal, porém, os desdobramentos mais importantes aconteceram justamente no retorno à OMPI, uma vez que o conselho do TRIPS se mostrou cada vez mais tendente em priorizar a discussão sobre saúde pública.

²⁶ A temática das flexibilidades para a saúde pública desempenhou aqui um papel fulcral, com a Declaração da Rodada Doha sobre o TRIPS e Saúde Pública e as reformas do TRIPS em 2003 e 2005.

No contexto da OMPI, as duas grandes agendas de negociação estabelecidas durante as administrações Bush consistiram no *Digital Agenda* e *Patent Agenda*. Na primeira se advogou por uma proteção mais abrangente aos direitos autorais no meio cibernético, propondo acordos como *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT), enquanto que na segunda agenda o mote foi a *harmonização* das regras e procedimentos nacionais para concessão de patentes, reformando o *Patent Cooperation Treaty* (PCT), promovendo a adesão e ratificação do *Patent Law Treaty* (PLT) e a negociação do malogrado *Substantive Patent Law Treaty* (SPLT). (CORREA; MUSSUNGU, MUSSUNGU; DUTTFIELD Apud MENEZES, 2015)²⁷

Este retorno a OMPI também se mostrou limitado a partir do início das negociações da chamada *Agenda do Desenvolvimento*, esta, por sua vez, fruto de uma estratégia de reação dos países em desenvolvimento contra a negociação de normas TRIPS-*plus* pelos EUA. (HELPER, 2004) Consolidando o comprometimento da organização com o respeito às flexibilidades e limitações dadas pelo TRIPS, bem como o direito dos países menos desenvolvidos e em processo de *catching-up* delas se valerem em suas políticas nacionais de desenvolvimento, a *Agenda do Desenvolvimento* acabou por dificultar a agenda TRIPS-*plus* dos EUA na própria OMPI.

A alternativa perante a dominação das discussões da *Agenda do Desenvolvimento* na OMPI consistiu em atrelar a estratégia de negociação em normas TRIPS-*plus* com a orientação de escopo mais geral de política comercial, que nessa altura consistia justamente na *liberalização competitiva*²⁸, implicando, então em um *forum shifting vertical* em PI. Sendo assim, se passou a enfatizar ainda mais a inclusão de capítulos de PI nos acordos preferenciais de comércio negociados pelos EUA, principalmente países da América Latina, como os países do Caribe, Bolívia, Chile e Peru, (CORREA, 2000) enquanto que no contexto asiático o grande expoente foi o acordo KORUS.

Outro desdobramento a ser citado sobre a estratégia de *forum shifting vertical* em PI consistiu na negociação de acordos em âmbito *plurilateral*. O caso emblemático deste tipo de negociação em PI consistiu no “ambicioso” acordo *Anti-counterfeit Trade*

²⁷ Draft, “Economia Política do Governo Obama”.

²⁸ A própria liberalização competitiva pode ser considerada como uma estratégia de *forum shifting* no regime de comércio e não apenas em PI, visto se potencializou justamente quando as negociações multilaterais estavam em entrave com a Rodada Doha da OMC.

Agreement, (ACTA) negociado com países *like-minded*²⁹. Sendo um acordo em que se negociava unicamente PI, o ACTA teve como principal enfoque os direitos autorais e sua proteção no meio cibernético, criminalizando o compartilhamento de dados mesmo sem a comprovação de “finalidade comercial” requerida pelo TRIPS. (SELL, 2011; YU, 2010)

Além do ACTA, ao fim da segunda administração Bush os EUA demonstram interesse pelo acordo P4 e pelo que viria a ser o TPP. Este último, então, não seria apenas um acordo plurilateral de comércio importante para o relacionamento estratégico entre os EUA e o continente asiático conforme se discutiu, mas também passou a ocupar um lugar de destaque na estratégia de *forum shifting* vertical em normas TRIPS-*plus*, sendo o principal acordo em negociação após o fracasso do ACTA em 2012. Esse acordo acabaria não sendo ratificado pelo Parlamento Europeu, além encontrar forte resistência por parte da opinião pública dos países negociantes, como EUA e Japão. (YU, 2010)

Conforme já abordado, a adesão dos EUA às negociações do TPP se deu em 2009 durante a administração Obama, e, assim como em Bush, seu predecessor, a política comercial desse governo evidencia a propriedade intelectual de maneira maximalista, pautando-se no discurso de que a proteção insuficiente acabaria por prejudicar as vantagens comparativas que o setor privado dos EUA possui em termos de inovação e criatividade³⁰, como também na sua importância para a manutenção do nível de emprego da economia nacional, sendo cerca de 18 milhões de trabalhadores empregados em empresas “intensivas em propriedade intelectual”³¹ nos EUA.

Em geral, as administrações de Obama e Bush compartilham a política maximalista em propriedade intelectual, a estratégia de *forum shifting* e mesmo o uso de “ferramentas de *enforcement*” unilaterais, como a *Special 301*. Essas administrações apresentam diferenças pontuais na forma de avançar com essa agenda e de ênfase dada a determinadas matérias. Enquanto na administração Bush se enfatizou a necessidade de expansão da negociação em variados fóruns, com a apresentação de demanda por

²⁹ Parceiros mais imediatos dos EUA em matéria de PI como União Europeia e Japão, mas também outros países com Austrália, Canadá, Japão, Marrocos, Nova Zelândia, Cingapura e Coreia do Sul.

³⁰ Disponível em: http://www.ustr.gov/webfm_send/1673.

³¹ Estimativas divulgadas no *Trade Policy Agenda* de 2011: http://www.ustr.gov/webfm_send/2597.

amplas normas TRIPS-plus, na administração Obama houve uma ênfase na conclusão dos acordos em negociação e o *enforcement* dos direitos de propriedade intelectual.³²

Prosseguindo com a negociação do TPP, a administração Obama acaba por ressaltar a necessidade de se incluir na pauta do acordo uma proteção mais abrangente à PI³³. Assim como a administração anterior de Bush, a principal iniciativa do governo Obama consiste justamente em dar continuidade à referida abordagem maximalista através da proposição de um capítulo em propriedade intelectual no TPP, de modo a reproduzir os padrões das normas negociadas em acordos preferenciais de comércio anteriores³⁴ e mesmo as provenientes de outros acordos plurilaterais, como o ACTA - no que tange a proteção de direitos autorais em mídias digitais - buscando o objetivo premente de refletir o padrão de proteção oferecido nos EUA. (FERGUSSON *et al.* 2012).

Os principais assuntos tratados no capítulo proposto seguem a estrutura de proteção do TRIPS, mas incluindo outras áreas de proteção e estabelecendo padrões de proteção mais avançados e privatizantes que aqueles do TRIPS. Destacam-se as regras voltadas à proteção patentária, direitos autorais, proteção sobre recursos genéticos, mecanismos de observância de direitos e os segredos comerciais.

Discutir as implicações desta proposta, no que se refere à estratégia de *forum shifting* vertical e a negociação de normas TRIPS-plus, é o objetivo do próximo capítulo. O argumento consiste em avaliar os impactos de ambas as dimensões do capítulo de PI negociado no TPP. Propõe-se que os países desenvolvidos seriam os principais interessados e capacitados para perseguir a estratégia de *forum shifting* vertical e que a disseminação desse tipo de estratégia pode vir a causar uma polarização ainda maior entre as visões concorrentes de PI e mesmo o conflito entre as normas multilaterais e preferenciais.

Por outro lado, apontam-se as normas TRIPS-plus negociadas no TPP como uma continuidade no esforço de *harmonização* de regras em PI iniciado pelo TRIPS. Uma

³² A terceira diretiva do *Joint Strategic Plan*, produzido pelo *Intellectual Property Enforcement Coordinator* (IPEC) em 2011 assevera necessidade de negociação de acordos internacionais que tratem do *enforcement* de PI e exorta o esforço para conclusão dos acordos do ACTA e TPP. Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/2013-us-ipecc-joint-strategic-plan.pdf>.

³³ Necessidade ressaltada pelo embaixador do USTR, Ron Kirk, quando do anúncio da intenção do Canadá e México de aderir ao acordo. Disponível em: <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/november/statement-us-trade-representative-ron-kirk-announ>.

³⁴ Utiliza-se especificamente o acordo KORUS enquanto molde, apesar deste ser um acordo preferencial assinado bilateralmente com a Coreia do Sul, que não é um membro negociante.

análise mais detalhada das normas propostas no TPP demonstra que estas reduzem as flexibilidades asseguradas neste outro acordo e limita ainda mais a autonomia nacional numa série de temas de interesse público.

Capítulo 3 – Os Impactos do TPP

Neste capítulo se discute os eventuais impactos das negociações em PI com o TPP. O debate apresentado se organiza em torno de dois eixos, que correspondem a duas dimensões de impactos possíveis, um primeiro mais difuso, e o segundo mais específico e restrito. O primeiro é o risco de fragmentação do regime multilateral de propriedade intelectual, como resultado da estratégia de *forum shifting*. Dialogando com a hipótese proposta por Benvenisti e Downs (2007), em que a fragmentação do regime multilateral seria uma estratégia sistemática dos países desenvolvidos para maximizar suas vantagens e limitar a ação dos países em desenvolvimento, se propõe que a finalidade da estratégia de *forum shifting vertical* em PI é a multilateralização das normas negociadas de forma preferencial. Nesse caso, o esvaziamento do multilateralismo com a negociação de acordos preferenciais tem por objetivo limitar a capacidade de ação de países em desenvolvimento, que possuem no âmbito multilateral seu foco estratégico para negociação de agendas e temas contraditórios aos interesses dos EUA e outros países desenvolvidos. Entretanto, esse esvaziamento deve ser temporário, minando a capacidade de ação coordenada de países em desenvolvimento, com o propósito de novamente “generalizar” essas normas negociadas preferencialmente. Porém, no longo prazo, a fragmentação e o esvaziamento podem se constituir como um risco também aos países desenvolvidos.

O segundo impacto consiste na limitação ao *policy space* dos países signatários do TPP, especialmente os países em desenvolvimento. As normas TRIPS-*plus* pressupõem a harmonização de legislações nacionais de uma forma maximalista, aumentando a obrigação para com a proteção e limitando as flexibilidades garantidas no TRIPS. Como resultado, questões de interesse público são prejudicadas, sendo a extensão das áreas afetadas e suas consequências abordadas na segunda parte do capítulo.

3.1 Fragmentação do Regime de Propriedade Intelectual

A estratégia dos EUA de negociação de acordos de PI em instâncias preferenciais, como o TPP, pode implicar em consequências de grande relevância para o regime multilateral de PI. Parte desse risco advém da própria natureza da estratégia de *forum shifting* em sua forma vertical e do beneficiamento desbalanceado dos países

desenvolvidos. A seção 3.1.1 busca discutir quais seriam os principais motivos a influenciar a estratégia de *forum shifting* e a razão de os países desenvolvidos serem os principais beneficiados.

A seção 3.1.2 discute as a extensão das vantagens dos países desenvolvidos na fragmentação do multilateralismo. Ressalta-se as limitações da estratégia de *forum shifting* vertical, bem como seu caráter “auxiliar” e “sub-ótimo”, asseverando que a fragmentação do regime multilateral se constitui um risco também aos países desenvolvidos.

3.1.1 Motivos e fatores condicionantes da estratégia de *forum shifting*

A negociação do TPP pode resultar em consequências de grande relevância para o regime multilateral de PI com a fragmentação e esvaziamento do multilateralismo. Porém, para uma melhor avaliação dos impactos dessa estratégia, se faz necessário uma discussão mais detalhada sobre as possíveis motivações e os objetivos associados ao fenômeno do *forum shifting* e quais os atores mais capacitados para efetivar essa estratégia.

As preferências e interesses específicos dos Estados aparecem como uma primeira grande motivação para a estratégia de *forum shifting*. Com efeito, vários interesses circundam as negociações em PI, opondo as agendas de países desenvolvidos e os em desenvolvimento. Dois exemplos ajudam a exemplificar essa questão: as negociações sobre patentes e recursos genéticos. Países desenvolvidos tendem a ressaltar a proteção de patentes segundo uma visão ultra privatizante como forma de garantir os interesses em se manter na fronteira tecnológica, atender a demanda de grupos internos e salvaguardar os investimentos feitos por empresas privadas (CUMMINGS, 2010). A agenda norte-americana busca a elevação dos padrões de proteção, enquanto que os países em desenvolvimento, em especial os emergentes, buscam uma abordagem que ressalta a limitação da concessão de patentes e a autonomia dos legisladores nacionais em determinar as características fundamentais dos sistemas de proteção, resguardando as flexibilidades contidas no TRIPS. (CORREA, 2010)

Quando se trata de recursos genéticos a situação se transforma em seu exato oposto. Os países em desenvolvimento, grande parte deles possuindo em seu território ecossistemas ricos em biodiversidade e recursos genéticos, advogam pela sua proteção

através de normas de PI, porém, de uma maneira bastante distinta da abordagem privatizante dos países desenvolvidos. A proteção advogada neste caso consiste na inclusão de cláusulas para consentimento prévio de exploração de recursos, *disclosure*, e compartilhamento de benefícios.

Estas cláusulas têm como objetivo ensinar a responsabilidade dos países desenvolvidos para com a exploração de recursos biogenéticos e utilização de substâncias protegidas e do conhecimento tradicional associado nos países em desenvolvimento. As cláusulas em *disclosure*, especificamente, visam tornar isso possível através da obrigação da divulgação sobre as origens dos elementos utilizados na confecção de uma tecnologia protegida por patente³⁵. Essa necessidade de divulgação, porém, é vista pelos países desenvolvidos em geral, e pelos EUA em particular, como mais uma forma de limitação à concessão de patentes, e, portanto, incompatível com sua agenda maximalista de proteção a PI.

Esses antagonismos de interesses, por sua vez, estão entre os principais estímulos para o *forum shifting*. Os países podem mover as discussões para outros fóruns com o objetivo de estabelecer um processo de *policy making* sobre uma área de interesse, como se vê no caso do TRIPS, em que os EUA e outros países desenvolvidos foram bem sucedidos em elevar o nível de proteção da PI e inseri-la como uma questão *trade related*. Por outro lado, a *Agenda do Desenvolvimento* da OMPI, colocada pelos países emergentes, almejou consolidar o comprometimento da organização com o uso das flexibilidades e limitações do TRIPS para os fins de desenvolvimento, muito embora não tenha alcançado o mesmo grau de sucesso que a estratégia dos países desenvolvidos para o TRIPS. (CORREA, 2010)

Outros interesses para o *forum shifting* indicam um sentido contrário: não consiste no *policy making* e sim no “*policy burial*”, ou seja, a tentativa de transferir negociações de temas não desejáveis para fóruns nos quais sua negociação será dificultada ou mesmo impossibilitada. (DE BIÈVRE; THOMANN 2010). Cita-se como exemplo desse tipo de motivação a contra estratégia dos EUA para a *Agenda de Desenvolvimento* da OMPI, alegando sistematicamente a impossibilidade de se tratar de assuntos relativos ao desenvolvimento neste fórum, visto “seu perfil técnico”. Foi proposto, então, que a discussão fosse transferida para em outras agências da ONU,

³⁵ Esse tipo de cláusula é inserido na negociação do TPP segundo a lógica maximalista dos EUA. Sua finalidade e implicações são discutidas na seção seguinte, intitulada “*Impactos sobre policy space*”.

como a UNCTAD, que, embora importante, não dispunha da mesma centralidade da OMPI para o regime de PI. (MAY, 2007)

Uma segunda classe de motivação para estratégia de *forum shifting* diz respeito ao próprio tipo de organização ou fórum na qual a negociação pretende ser feita. Argumenta-se que o nível de autonomia da organização, isto é, sua capacidade de se colocar enquanto uma terceira parte, dotada autoridade adjudicatória e provedora de *enforcement* das leis negociadas, é um dos principais fatores a estimular o *forum shifting* (DE BIÈVRE; THOMANN 2010). Com efeito, a preocupação com a autoridade de uma terceira parte e sua capacidade de *enforcement* foi de grande importância para a mudança da OMPI para OMC, mas é certo que a atenção sobre essa questão continua mesmo na estratégia de *forum shifting* vertical, em especial, com a insistência do Governo Obama em colocar o *enforcement* como um dos principais assuntos em acordos bilaterais e plurilaterais. (YU, 2012)

Enquanto essas motivações do *forum shifting* - definidos aqui em similaridades de interesses na negociação em “*policy making*” ou “*policy burial*”, e na preferência sobre o tipo de organização a se propor a negociação - são comuns a ambos os países em desenvolvimento e países desenvolvidos, ressalta-se que o *poder e as capacidades* detidos pelos países para conduzir uma negociação de forma que lhe seja favorável são os principais fatores *condicionantes*, determinando a possibilidade de implementação dessa estratégia. A eficiência do uso do poder e das capacidades varia segundo a configuração de cada negociação e assunto em questão, mas, não obstante, é possível notar que os países desenvolvidos costumam estar em vantagem nas negociações em PI, sendo capazes de fazer uso de suas próprias capacidades com maior eficácia. (DE BIÈVRE; THOMANN 2010)

Com efeito, o recurso a medidas poder e as capacidades detidas foram de grande relevância em todas as vezes que essa estratégia teve lugar no regime de PI. O conhecimento técnico acerca tanto do funcionamento do GATT como sobre as “arcadas” normas específicas em PI foram importantes fatores a justificar a negociação deste assunto fora da OMPI e sua eventual inclusão na Rodada Uruguai. (CORIAT, 2002; DRAHOS, 2002). Como já se aludiu no capítulo anterior, uma vez no âmbito da OMC, também a própria consolidação da estratégia de *forum shifting* mobilizada para a aprovação do TRIPS é feita através de demonstrações claras de poder e recursos, elaborando-se um conjunto de medidas coercitivas e manipulações de incentivos para

conseguir a aquiescência dos países em desenvolvimento (SELL, 2003; CORREA, 2000).

No contexto do pós-TRIPS, a dependência dos recursos do Estado norte-americano para o sucesso da estratégia de *forum shifting* em PI não se mostrou menor, sendo fulcral para explicar tanto a profusão de propostas nos mais variados fóruns após a negociação do TRIPS, conforme acima se listou,³⁶ como também a inserção de capítulos de PI nos acordos preferenciais de comércio negociados no decorrer da administração Bush.

Por outro lado, capacidades e recursos também explicam o fato de o esforço dos países em desenvolvimento em suas respectivas estratégias de resposta a agenda maximalista dos EUA não ter sido igualmente bem sucedido. O conhecimento específico continua a possibilitar aos EUA uma “superioridade hermenêutica” em matéria de PI, sendo capazes, assim que reconheceram o sucesso da negociação da *Agenda do Desenvolvimento* entre os membros da OMPI, de se opor segundo justificativas legais a várias metas elaboradas e substituir por projetos de autoria própria, como forma de dirimir os impactos negativos de sua derrota. (MUZAKA, 2010)

Compreendem-se, assim, os interesses similares e a preferência pela organização ou fórum como os principais motivos do *forum shifting*, enquanto que seu principal condicionamento é definido em termos de poder e capacidades. Porém, enquanto esses fatores influem sobre as vertentes horizontal e vertical indistintamente, esta última apresenta especificidades que, para os fins desta análise, se faz necessário discutir.

Conforme se aludiu no capítulo anterior, o fenômeno do *forum shifting* vertical difere do tipo horizontal por não consistir simplesmente numa transferência de um fórum multilateral para outro mais propício à negociação, mas sim como uma resposta dada a certa noção de “esgotamento” da capacidade dessas organizações, de modo que o meio multilateral - ou ao menos as organizações multilaterais - passa a ser questionado. Dessa maneira, um primeiro fator imprescindível a este tipo de *forum shifting* consiste não somente na existência objetiva de entraves, mas numa noção compartilhada entre um grupo específico de países de que o tratamento dos assuntos pretendidos em fóruns de natureza preferenciais- sejam estes bilaterais, regionais ou plurilaterais – atenderia

³⁶ Cf, *supra*, p.24

melhor aos seus interesses, proporcionado, assim, uma espécie de “efeito dinamizador” que não ocorreria no caso de os países se valessem apenas do sistema multilateral e permanecessem apartados fora deste. (YU, 2013)

Essa configuração - uma espécie de “*country club*”, segundo a tipologia de Peter Yu (2013) - se dá mediante a presença de um segundo fator, que consiste em ser essa associação vantajosa de fato. O número mais reduzido de atores em fóruns alternativos pode incrementar a eficiência da negociação ao excluir os seus opositores. Mas, à despeito da simples redução no número de membros, ainda assim há a necessidade de identidade de interesses em um nível alto, considerando que, com exceção do ACTA, a maior parte negociações de *forum shifting* em PI não envolve apenas esse assunto, mas uma série de outros temas relacionados ao comércio, sendo exatamente esse os casos dos acordos preferenciais de comércio e do TPP. Desse modo, o sucesso da estratégia *forum shifting* demanda que os países formem uma verdadeira “coalizão de interessados” em temas variados, de modo que a simples diminuição no número de membros desacompanhada dessa outra condição se mostra ineficaz³⁷.

Uma vez expostas essas considerações, não obstante, se pretende prosseguir com a discussão do impacto causado por esse tipo de estratégia no regime internacional de PI. Com efeito, a ação do *forum shifting* não prejudica apenas a eficiência daquelas organizações cujas pautas são esvaziadas e boicotadas, mas os objetivos de países em desenvolvimento e a efetividade do próprio regime multilateral podem ser postos em xeque com a proliferação de fóruns de natureza diversa que se propõem a discutir e elaborar normas sobre a PI, causando uma verdadeira *fragmentação*.

Uma das grandes fontes de risco de fragmentação diz respeito à tendência da agenda maximalista dos EUA ser a mais beneficiada com a estratégia de *forum shifting* vertical. Os fatores condicionais das capacidades e do poder exercem aqui uma importância fulcral, visto que os EUA têm um baixo custo de ajuste de sua legislação, maiores recursos em conhecimento técnico e expertise, bem como um poder de mercado capaz de atrair países recalcitrantes com maior probabilidade do que poderiam os países em desenvolvimento. Essas vantagens, então, incentivariam os EUA e outros países desenvolvidos a optar cada vez mais por fóruns preferenciais e relegar ao segundo plano a via multilateral.

³⁷ Conforme se avaliou no capítulo 2, os interesses dos EUA em PI são especialmente ameaçados no TPP por haver neste uma condição paradoxal: os países parecem estar em conformidade na maior parte dos assuntos referentes ao comércio em geral, mas alguns divergem justamente na temática de PI.

Os países em desenvolvimento, então, seriam os grandes prejudicados por ter as negociações de seu interesse esvaziadas nas organizações multilaterais. (YU, 2013, YU, 2012). As negociações em instâncias multilaterais figuram como o cerne das pretensões dos países em desenvolvimento, sendo as suas principais demandas colocadas em organizações dessa natureza, como a *Agenda do Desenvolvimento*, as negociações sobre saúde pública na OMC e OMS, assim como a tentativa de adequação do TRIPS aos princípios da CBD (*Convention on Biologic Diversity*).

Porém, além de considerar as vantagens dos países desenvolvidos com a estratégia de *forum shifting* vertical, autores como Benvenisti e Downs aventam a hipótese de ser a própria fragmentação do regime multilateral um processo igualmente vantajoso a estes mesmos países. De fato, tamanhos seriam os benefícios, que se pensaria a fragmentação do regime multilateral como um processo dotado de intencionalidade, isto é, como um plano deliberado e sistemático organizado pelos países desenvolvidos para retirar o máximo de vantagem das negociações internacionais nas matérias de seu interesse, incluindo a PI. (BENVENISTI, DOWNS 2007).

Pretende-se discutir essa hipótese com mais vagar a seguir, e, sem discordar quanto ao fato de haver vantagens em dimensões da fragmentação do regime para os países desenvolvidos em geral, e os EUA em particular, não obstante se ressalta que uma fragmentação mais generalizada se constitui em um risco mesmo para estes países. Discutir-se-á, ainda, as razões que levam à fragmentação. A partir da contribuição da bibliografia específica em PI, aponta-se que o regime multilateral centralizado e eficiente é necessário também aos países desenvolvidos, sendo a necessidade de multilateralização do conteúdo negociado em acordos preferenciais o fim último das estratégias de *forum shifting vertical*.

3.1.2 A hipótese de fragmentação de regime como um fenômeno dotado de intencionalidade

Os autores Benvenisti e Downs (2007) aventam a possibilidade de ser o fenômeno da fragmentação de regime dotado de intencionalidade, baseando-se, para tanto, na evidência das múltiplas vantagens que se apresentariam aos países desenvolvidos. Segundo os autores, o multilateralismo acaba por limitar a supremacia desses países ao pressupor um sistema calcado no igualitarismo e na democracia, tornando ilegítima a ideia de hierarquia. A “sabotagem” deliberada do regime

multilateral e de suas organizações, ou a própria fragmentação em “múltiplos multilateralismos”³⁸, proporcionaria a este grupo específico de países a faculdade de se preservar numa posição privilegiada de domínio.

Ao elaborarem a referida hipótese da fragmentação como um fenômeno intencional, Benvenisti e Downs buscam contrapor duas outras hipóteses aventadas, que caracterizam a fragmentação como um processo natural. A primeira hipótese corresponde ao paradigma institucionalista. Frequentemente utilizada de forma retórica pelos próprios países desenvolvidos, esta visão caracteriza a fragmentação como uma consequência inequívoca do processo de globalização, fundamentando-a segundo uma espécie de “teoria de seleção natural”: a profusão de fóruns se deve ao fato de serem os processos descentralizados mais adaptados à intensa rede de global de *network* que os processos mais centralizadores baseados em organizações multilaterais de amplo escopo. (SLAUGHTER, RAUSTIALA Apud BENVENISTI; DOWNS 2007)

A outra hipótese identificada pelos autores é tanto de vertente construtivista como pós-moderna, e sugere que o fenômeno da fragmentação seria uma espécie de resposta ao “déficit democrático” do meio internacional. Denotando uma explicação de cunho *cognitivista*, a descentralização seria um produto da pluralidade das preferências e dos interesses diversos da sociedade internacional. Ao mesmo tempo, a fragmentação proporcionaria uma ordem menos hierárquica e mais democrática ao impedir a elaboração de um regime multilateral segundo uma lógica *top down*, baseada em considerações puramente formais do direito internacional e em leis domésticas que não seriam responsivas às demandas plurais da sociedade internacional. (KOSKENNIEMI; LEINO Apud BENVENISTI, DOWNS 2007).

Com efeito, as duas hipóteses desconsideram fundamentalmente a assimetria entre os benefícios auferidos pelos países desenvolvidos e os em desenvolvimento, o que, segundo os autores, levaria o fenômeno da fragmentação a ser, ao contrário do que aventa na primeira hipótese, não uma simples adaptação à dinâmica da globalização, mas uma estratégia para maximização de vantagens do grupo de países desenvolvidos, e, ao mesmo tempo, afetar a capacidade dos países em desenvolvimento em negociar acordos mais favoráveis aos seus próprios interesses. A consequência lógica desse fato

³⁸ Os autores exemplificam o interesse dos países desenvolvidos na fragmentação com o boicote da ECOSOC (*Economic and Social Council*), preferindo estes a abordagem “funcionalista” de agências especializadas como o FMI e a Organização Internacional do trabalho do que viabilizar uma grande estrutura multilateralizada a competir com o Conselho de Segurança da ONU. (BENVENISTI, DOWNS 2007)

acabaria por refutar a segunda hipótese. A fragmentação implica na constituição de um sistema mais hierárquico, pressupondo uma liderança que não arca com os custos que lhe são inerentes, sendo menos democrático e plural porque menos responsivo aos interesses dos países em desenvolvimento.

A hipótese elaborada pelos autores, por sua vez, retrata a fragmentação do regime multilateral como uma forma de maximizar as vantagens dos países desenvolvidos sem envolver um ato formal de ab-rogar, e, visto que o multilateralismo foi promovido de forma sistemática por vários desses países, especialmente os EUA no período do pós-guerra, acaba por implicar também numa quebra das regras internacionais de forma oportunista. (BENVENISTI, DOWNS 2007).

Para esclarecer como os autores são levados a aventar tal hipótese, se faz necessário uma breve exposição de seus argumentos. Uma vez feito isto, porém, se considera aspectos relevantes da explicação oferecida para então elaborar uma crítica acerca de seu conteúdo, avaliando a real extensão dos benefícios dos países desenvolvidos na fragmentação do regime multilateral e a premência da multilateralização dos temas negociados.

Objetivamente, a fragmentação de regime promoveria essa realidade através de três formas distintas, a saber: ao criar instituições com escopo exclusivamente funcionalista; ao estabelecer fronteiras jurídicas ambíguas e autoridades superpostas; e ao não admitir a intencionalidade por detrás do processo de fragmentação do regime multilateral.

A criação de instituições cujo escopo seja simplesmente funcionalista, isto é, buscando a regulação de questões de maneira exclusivamente “técnica” e “específica”, leva a uma diminuição das áreas compreendidas e a capacidade dos países em desenvolvimento negociarem acordos que lhes sejam mais favoráveis. Esta abordagem funcionalista, promovida sob a justificativa de maximizar a eficiência dos acordos negociados, na prática restringe a possibilidade de os países em desenvolvimento estabelecerem negociações e coalizões *cross-issue*, ampliando dessa maneira sua capacidade de barganha e assegurando melhor seus próprios interesses.

Conforme ressaltado pelos autores, a criação de instituições funcionalistas corresponde sempre à ação dos países desenvolvidos, e nota-se que o viés técnico e

específico por si só já implica numa tentativa de se dissociar formalmente das questões de desenvolvimento³⁹.

Por outro lado, argumenta-se que este tipo de instituição tem por finalidade explorar as vulnerabilidades dos países em desenvolvimento. Uma vez que são estes últimos os mais numerosos e diversos em termos institucionais, econômicos e geográficos, as preferências acabam por ser também mais diversas. Organizações multilaterais com maior abrangência de assuntos proporcionam a estes países negociar entre si vários pontos de suas respectivas pautas e, assim, conseguir uma articulação política maior, formando coalizões *cross-issue* capazes de demandar concessões com maior possibilidade de sucesso. Na abordagem funcionalista, porém, esses países tendem a permanecer apartados uns dos outros, extraindo das negociações apenas resultados sub-ótimos ou mesmo negativos. (Idem, Ibidem).

A segunda forma pela qual a fragmentação beneficia de forma desbalanceada os países desenvolvidos diz respeito à falta de clareza quanto aos limites do ordenamento jurídico e as fontes da autoridade. Os autores explicam que a vantagem dos países mais poderosos repousa não apenas em sua capacidade de negociar um número maior de pautas em variados fóruns, mas também ao capacitar a autoridade de diferentes organizações e as normas que elaboram como uma forma de garantir seu interesse por vias distintas.

Porém, a partir do momento em que este tipo de fenômeno acontece de maneira generalizada, atendendo as diversas dimensões da própria agenda desses referidos países, os custos se elevam para os países em desenvolvimento: estes, dado a sua menor capacidade de recursos, encontrariam grandes dificuldades para reintegrar e racionalizar uma ordem legal assim diluída. Os países desenvolvidos, então, seriam levados a promover deliberadamente uma estrutura legal nessas configurações como uma maneira de explorar a debilidade dos países em desenvolvimento, dotando de poder diferentes organizações com autoridades superpostas, de modo que, quando suas demandas não sejam propriamente atendidas em um fórum, seja possível abandoná-lo em favor de outro equivalente e continuar a pressionar pelos objetivos desejados. (Idem, Ibidem)

³⁹ Na temática da PI é bastante emblemático o caso da OMPI que, em consonância com os países desenvolvidos que dela fazem parte, reitera constantemente o fato de ser uma organização voltada para apenas para assuntos técnicos da PI. Optou-se por tratar dessa questão na seção seguinte, segundo a perspectiva das limitações ao *policy space*.

A terceira razão que explica o interesse dos países desenvolvidos na fragmentação do regime multilateral advém da própria possibilidade de se ocultar sua verdadeira natureza, ou seja, o fato de ser um fenômeno dotado de intencionalidade e sistematicamente promovido em favor de seus interesses. A fragmentação acaba sendo retratada como consequência de uma tendência atual das negociações internacionais, em que fóruns multilaterais de menor abrangência e outras instâncias ainda mais limitadas passam a melhor se adaptar às preferências dos atores do que as próprias instituições multilaterais de escopo mais amplo, de modo que não se reconhece qualquer preponderância ou vantagem de um ator ou grupo específico sobre outro, mas apenas uma pluralidade de interesses em jogo.

Seria omitido, assim, o fato de a fragmentação ser uma estratégia calculada dos Estados poderosos para criação de uma ordem legal que reflita seus próprios interesses e cuja alteração é de difícil consecução por parte dos países em desenvolvimento. Os países desenvolvidos, então, maximizariam os benefícios da liderança ao mesmo tempo em que logram êxito em se eximir de arcar com quaisquer custos que esta mesma liderança possa vir a implicar.

Através dessas três razões listadas os autores demonstram as principais vantagens dos países desenvolvidos em um regime fragmentado. Porém, se faz necessário notar que, a despeito de elaborarem uma hipótese bem formulada e com capacidade de contrapor de maneira consistente as hipóteses institucionalistas e cognitivistas, os autores não abordam - e parecem nem mesmo se interrogar - em que sentido um regime multilateral centralizado poderia interessar aos países desenvolvidos e os processos políticos que efetivamente levam à fragmentação. Considerar essas duas questões se torna relevante na medida em que sugere uma hipótese distinta de todas as outras que se discutiu, na qual se considera a descentralização do regime multilateral como uma consequência mais imediata da tentativa dos países desenvolvidos em elevar o padrão das normas negociadas, mas que, dado a persistente importância do sistema multilateral, esta fragmentação implicaria em um processo não definitivo. Ou seja, seu fim não reside nele mesmo, como asseguram Benvenisti e Downs.

Essa hipótese, não obstante, pode ser sugerida a partir da literatura específica de PI. Essa referida literatura aborda a fragmentação do regime multilateral de PI como um impacto imediato aos países em desenvolvimento, mas que, de maneira generalizada, prejudica também aos objetivos dos países desenvolvidos.

O problema da fragmentação de regime nesta literatura específica está sempre associado à estratégia de *forum shifting*, muito embora de maneira diferente daquela argumentada por Benvenisti e Downs. Estes últimos definem o fenômeno do *forum shifting* de maneira bastante semelhante ao que se expôs mais acima, sendo este compreendido como a criação ou migração de fórum num contexto de insatisfação com a trajetória da negociação, de modo a possibilitar um ambiente mais favorável para que os países *like-minded* avancem nas pautas desejadas. (BENVENISTI, DOWNS 2007) Porém, para os dois autores, o *forum shifting* se converteria também numa das principais formas pela qual os países envolvidos promoveriam a fragmentação do regime multilateral.

É neste ponto específico que repousa a diferença fundamental entre a visão dos dois autores e os estudiosos do regime de PI. Para esses últimos, o que é evidente no fenômeno do *forum shifting* é seu caráter “sub-ótimo”, isto é, se configura numa estratégia que é tomada apenas quando a via multilateral se encontra num entrave (HELPER, 2004; CORIAT, 2002; CORIAT 2010; SELL 2003). Não se argumenta no sentido de expor o *forum shifting* como uma das possíveis estratégias a serem utilizadas para um plano deliberado de diluição do regime multilateral, muito embora sirva como forma contingente para o esvaziamento de fóruns.

Com efeito, a negociação de um acordo através da estratégia de *forum shifting* vertical só é considerado “sub ótimo” exatamente pelo fato de ainda ser a negociação de um acordo multilateral o resultado dito “ótimo”. Esta realidade no regime de PI é expressa mais claramente com o esforço dos EUA, EU e Japão na multilateralização do TRIPS, mas continuou a embasar a política comercial norte-americana no período pós-TRIPS, com as várias propostas do governo Bush de negociação de acordos sendo feitos na OMPI. Também já se abordou no capítulo anterior que a opção pelo *forum shifting* vertical, tanto no regime de comércio como no de PI, só é feita de forma sistemática com a política “liberalização competitiva” do governo Bush, cuja formulação, não obstante, se dá justamente num contexto de entrave do regime internacional de comércio e de PI, com a Rodada Doha e depois com o avanço da *Agenda do desenvolvimento* da OMPI, respectivamente.

A mesma conclusão pode ser inferida sobre o acordo do TPP, na medida em que este representa a atual abordagem *plurilateral* tanto em comércio como em PI. Do ponto de vista do comércio, como visto, o TPP consiste na plataforma pela qual os EUA podem influir sobre o processo de integração das economias asiáticas. Porém, a

estratégia primeira de aproximação se configurou numa abordagem de liderança através das organizações multilaterais da OMC e da APEC. Apenas ao falhar essa abordagem, a estratégia passa a consistir em contornar o regime multilateral e fazer uso da via bilateral, passando para o âmbito plurilateral com a FTAAP e, enfim, com o TPP.

Por outro lado, se observa uma situação semelhante a partir do ponto de vista do regime de PI. Após a crescente oposição dos países em desenvolvimento a negociação de acordos TRIPS-*plus* no meio multilateral, seja no conselho da TRIPS na OMC ou na OMPI, após a adoção da *Agenda do Desenvolvimento*, a tendência de um *forum shifting* vertical se torna ainda mais forte, atrelando capítulos de PI em acordos preferenciais de comércio e acordos plurilaterais, como nos casos do ACTA e do TPP.

Não só a sucessão de eventos nos regimes de comércio e de PI indicam o *forum shifting* vertical ser uma estratégia alternativa e sub ótima por seguir diretamente momentos de entrave no regime multilateral, mas também se questiona se não seria sua finalidade última possibilitar um fortalecimento da posição dos países *like-minded*, para, num momento posterior, estes buscarem novamente o meio multilateral para negociação.

Novamente, é esta a visão que se depreende da literatura de PI sobre o tema do *forum shifting*. Com efeito, o “retorno” ao meio multilateral é, desde o início, um objetivo previsto, especialmente quando se observa a contradição fundamental da estratégia de *forum shifting* vertical, *i.e.*, sua principal vantagem, que consiste em estabelecer a negociação com um número menor de membros que compartilham grande parte dos interesses, acaba sendo também sua principal limitação, uma vez que não consegue gerar nenhuma aquiescência dos membros opositores excluídos do acordo e que permanecem com propostas concorrentes. Para compreender a esses membros opositores e dar credibilidade ao regime, envolvendo os principais interessados e afetados, seria necessário recorrer a instituições multilaterais de maior escopo, pois, caso o contrário, as normas negociadas em instâncias preferenciais seriam inócuas. (YU 2012, YU 2013, FERGUSSON *et al.* 2012, SELL 2010, SELL, 2011).

Esta “contradição fundamental” seria justamente uma dos maiores entraves ao sucesso do TPP enquanto estratégia de *forum shifting*. O TPP é negociado de forma voluntária e apenas com países *like-minded*, de modo que não pode ser imposto, tal qual o TRIPS, sobre os países em desenvolvimento. Além disso, é bastante improvável que se atraia países emergentes como China e Índia que se opõem em grande medida às

normas OMC-*plus* e TRIPS-*plus* que o acordo negocia. (FERGUSSON *et al.*, 2012) (YUAN 2012)

Considerando a possibilidade de legitimação que o sistema multilateral oferece, e que se mostra de difícil consecução fora dele, se relativiza a absoluta vantagem dos países desenvolvidos na fragmentação do regime conforme sugerida pela hipótese elaborada por Benvenisti e Downs. De fato, a criação de instituições com viés funcionalista consegue impedir a criação de coalizões *cross issue* dos países em desenvolvimento, mas também impede os países desenvolvidos de estabelecerem barganhas *cross issue* e ceder em outros temas menos sensíveis em troca de negociação dos assuntos de seu próprio interesse.

Por outro lado, a constituição de organizações com autoridades superpostas também se mostra de pouca valia, uma vez que são poucas as organizações capazes de, simultaneamente, envolver os principais membros opositores, ter a capacidade real de legitimar as normas e garantir seu cumprimento. Se a transferência se dá para uma organização equivalente que contenha os mesmos membros opositores, os impasses simplesmente continuarão, e, se, como de costume, não conter estes membros, o acordo negociado será necessariamente sub ótimo, demandando uma futura multilateralização.

O problema em pensar a fragmentação como um plano elaborado e sistematizado é o fato de a ausência de um mecanismo centralizado e com grande abrangência pôr em risco também os interesses dos países desenvolvidos. A necessidade de se manter nível mínimo de centralização, então, acaba por reafirmar a importância de um regime multilateral forte, com capacidade de reunir atores chave do sistema internacional.

Embora não como um plano arquitetado por países desenvolvidos, o risco da fragmentação existe de fato e está associado com a imposição de barreiras à ação de países em desenvolvimento em fórum multilaterais. A estratégia de *forum shifting* em normas TRIPS-*plus*, além de incrementar temporariamente a posição negociadora dos países desenvolvidos, pode contribuir para uma maior polarização entre a posição maximalista dos EUA e dos seus parceiros e a respectiva visão dos países em desenvolvimento voltada para flexibilidades das normas e limitações dos direitos de PI⁴⁰.

⁴⁰ Alguns dos países em desenvolvimento que fazem parte do TPP, como Chile, Peru e México já possuem normas TRIPS-*plus*, como resultado de sua negociação mais próxima com os EUA. Com efeito,

Esse primeiro grupo de países demonstra ter fortes estímulos para continuar a perseguir uma estratégia *forum shifting* vertical, pois continuam a ter uma identidade extensa de interesses não atendidos através do regime multilateral, formando uma verdadeira coalizão de interessados, ao passo que detém as capacidades necessárias para proceder em negociações em diferentes níveis e de forma simultânea. Em desvantagem em ambos os sentidos, sendo um número maior de países com prioridades distintas e com capacidades mais limitadas, os países em desenvolvimento devem continuar a priorizar a via multilateral, fortalecendo suas próprias posições.

Desta realidade resulta um impasse fundamental, em que as normas negociadas no âmbito preferencial e as negociadas em âmbito multilateral passam a se antagonizar de tal forma que não seja mais possível compatibilizá-las. A fragmentação, então, se expressa como o iminente conflito sobre quais as normas deverão ser obedecidas: não estarão os países *like-minded* satisfeitos com a forma que a PI é tratada no âmbito multilateral, mas também não estarão dispostos a aquiescer os países que se opuseram a negociar o tipo de normas propostas nas instâncias preferenciais. (BANNERMAN 2010, DE BIÈVRE; THOMANN 2010, GEIGER 2012).

Sendo o TPP, como se argumentou, um dos mais importantes desdobramentos da estratégia de *forum shifting* promovidos pelos EUA, é esperado que, no caso de o acordo ser concluído antes de uma resolução mais concreta da situação de impasse no regime multilateral de comércio, e, especificamente, no de PI, a consequência seja justamente uma contribuição para aprofundar a polarização entre os países desenvolvidos e *like-minded*, por um lado, e os países em desenvolvimento, em especial os emergentes, de outro.

A fragmentação do regime multilateral, no entanto, não é apenas o único impacto possível do TPP. Na seção abaixo se discute que as regras TRIPS-*plus* presentes no acordo promovem de forma desbalanceada a proteção do direito privado frente aos interesses do setor público, limitando de maneira importante as flexibilidades asseguradas pelo TRIPS e afetando a autonomia dos países membros em elaborar legislações nacionais que promovam o desenvolvimento econômico e social.

3.2 Os impactos sobre o *policy space*

a questão principal é o conflito com outros países em desenvolvimento, principalmente os emergentes, que perseguem uma agenda contrária às normas TRIPS-Plus dos EUA.

Esta segunda parte do capítulo trata dos impactos das normas TRIPS-*plus* para os países signatários do TPP. Na seção 3.2.1 argumenta-se que o esforço pela *harmonização* foi uma das principais questões na negociação do TRIPS, implicando numa abordagem *one-size-fits-all* que promove a maximização da proteção independente das diferenças entre os níveis de desenvolvimento dos países e limitando, especialmente, o *policy space* dos países em desenvolvimento.

Na seção 3.2.2 se demonstra que o objetivo de harmonizar as legislações nacionais de PI segue com os acordos preferenciais. Analisam-se os principais artigos do capítulo de PI proposto no TPP, apontando como o texto negociado pode vir a impactar negativamente várias áreas de interesse público e limitar as flexibilidades que o TRIPS assegurou.

3.2.1 O esforço pela *harmonização* de regras em PI

Enquanto parte da estratégia maximalista dos EUA, o capítulo proposto no acordo do TPP implica num esforço para a *harmonização* internacional dos padrões de proteção a PI, o que significa, fundamentalmente, na promoção de um maior nível de identidade entre as várias legislações nacionais sobre o tema. Porém, como a *harmonização* proposta pelos EUA tem como base normas TRIPS-*plus*, a grande consequência é a redução da autonomia e do *policy space* disponível aos países para formular legislações que, ao invés de levar em conta somente a maximização da proteção ao detentor de direitos em PI, busque evidenciar o interesse público no acesso à tecnologia e ao conhecimento, reconhecendo que a PI não está insulada como um tema puramente técnico e econômico, mas que tem consequências sobre uma ampla gama de assuntos, como saúde pública, acesso à educação e segurança alimentar.

Do ponto de vista dos países em desenvolvimento, especificamente, mesmo o que se apregoa em favor de um maior nível de proteção se mostra bastante contestável. A maximização da proteção e as normas TRIPS-*plus* são frequentemente justificadas no meio internacional como uma forma de estimular a inventividade e o desenvolvimento tecnológico. As evidências históricas, porém, demonstram que os países em estágio de *catching-up* constroem sua capacidade inventiva justamente na imitação de tecnologias de economias mais avançadas, de modo que necessitam de legislações que evidenciem as flexibilidades e limitações da PI ao invés de simplesmente maximizar sua proteção (CHANG, 2000). A proteção da PI, então, não seria uma pré-condição para o desenvolvimento econômico, mas uma consequência deste, sendo a ênfase num maior

nível de proteção uma tendência que se observa somente conforme os países passam a desenvolver economias com níveis maiores de inventividade. (MASKUS, 2000; FIANI, 2009).

O esforço pela *harmonização* de normas em PI desconsidera essa realidade e almeja a maximização da proteção para todos os países indistintamente, numa abordagem *one size fits all* que justifica a proteção como condição suficiente e imprescindível para o desenvolvimento. Nota-se, porém, que o esforço pela *harmonização* é apenas radicalizado com a negociação de normas TRIPS-*plus* como no TPP e em outros acordos preferenciais, pois já vigorava no regime de PI através das organizações e acordos multilaterais.

A OMPI se tornou um dos principais canais de propagação da agenda *harmonização* de normas em PI. O *viés estrutural* da organização, que se pretende um fórum completamente especializado em questões técnicas e jurídicas de PI, tratando esta como um tema exclusivamente relacionado ao comércio, se mostrou como a principal forma de se justificar e legitimar os esforços pela *harmonização* (MAY, 2007). Com efeito, se eximir de assumir quaisquer compromissos que impliquem em considerar outros fatores que não sejam eminentemente técnicos e jurídicos possibilitou a OMPI dedicar grande parte de seu *policy making* para negociar acordos de *harmonização* propostos pelos EUA, como o *Patent Law Treaty* e o *Substantive Patent Law Treaty*, tendo este último trazido proposições extremamente privatizantes em relação à *harmonização*, pretendendo a criação de um sistema unificado em nível internacional para concessão de patentes, de modo a tornar irrelevante a jurisprudência e autonomias das legislações nacionais em julgar patentes, uniformizando seu processo de concessão. (MUSUNGU, 2010)

No caso da OMPI, é notável a incoerência entre a dedicação quase que exclusiva para as questões técnicas e a promoção da *harmonização* com seu próprio mandato. O fato de ser a organização uma agência da Organização das Nações Unidas (ONU) implicaria na necessidade de comprometimento com a abordagem desta organização perante a questão do desenvolvimento, de modo que a OMPI deveria promover a discussão da PI não como apenas um assunto técnico relacionado ao comércio, mas também com impactos sobre outras áreas, como educação e saúde, ressaltando não somente seu aspecto de estímulo à inovação, mas também como difusor de conhecimento. (MUSAKA 2010; MUSSUNGU 2010)

Porém, o advento do TRIPS na OMC representou um passo para a *harmonização* de uma forma anterior e ainda mais importante do que os esforços da OMPI. De fato, o TRIPS foi o primeiro grande sucesso em se harmonizar às regras de PI, sendo um marco ao romper com toda a lógica precedente dos acordos internacionais. Antes do TRIPS, o regime de PI tinha suas bases nos acordos de Paris (1883) e Berna (1886), estes, por seu turno, se baseavam em três grandes princípios, a saber: a não discriminação, o tratamento nacional e o princípio da prioridade.

O primeiro implicava no comprometimento em não se colocar barreiras para a entrada de um produto estrangeiro no mercado nacional. Uma vez importado, o segundo princípio garantia que este mesmo produto gozasse de um tratamento igual a aqueles dispensados aos nacionais, cujas implicações, por fim, levariam ao terceiro princípio, passando este produto a ser uma “prioridade”, o que assegurava sua proteção contra cópias não autorizadas. (CHANG, 2000; MAY; SELL, 2005).

As normas de PI propostas no TRIPS, porém, indicam um afastamento desses princípios gerais expressos em Paris e Berna, princípios estes que, na verdade, objetivaram a formalização de práticas já em uso pelos países (MAY; SELL 2005). De maneira distinta, o conteúdo do TRIPS se pautava segundo a lógica da *harmonização*, de modo que o objetivo que mais importava não era garantir simplesmente o consenso entre os países no âmbito internacional, mas dirimir a defasagem da proteção a PI de forma globalizada, de modo que era preciso vincular as próprias legislações nacionais com regras específicas a serem respeitadas e efetivadas.

O princípio do tratamento nacional evidencia a autonomia dos países para desenvolver e dar *enforcement* à suas próprias leis, escolhendo os setores e tecnologias a serem contemplados pela proteção segundo as preferências nacionais e os objetivos em desenvolvimento. A *harmonização* com o TRIPS, por outro lado, visou assegurar uma maior igualdade de conteúdo entre as diversas legislações nacionais, tendo como base a legislação norte-americana. (BIADGLEN; TELLEZ, 2008). Esse processo, como mencionado, produziu uma já elevada limitação da discricionariedade dos Estados na conformação de seus sistemas nacionais de proteção à PI.

Com efeito, longe de apenas ressaltar os princípios de não discriminação e tratamento nacional, as regras específicas do TRIPS colocam obrigações claras quanto ao escopo, matéria e duração do termo de proteção. O acordo tornou então obrigatório a proteção de invenções através de patentes - seja de produtos acabados ou do seu

processo de produção - na totalidade das áreas de tecnologia ⁴¹. Também delimitou o termo de proteção a ser dado, demandando não menos que 20 anos de exclusividade para todo tipo de patente⁴².

Além disso, o TRIPS requereu a adoção de penalidades no âmbito civil, assegurando aos detentores o recurso a tribunais civis para garantir o *enforcement* de quaisquer direitos assegurados pelo acordo⁴³, e também no âmbito criminal, “pelo menos” no caso de reprodução não autorizada e em escala comercial de marcas comerciais e de trabalhos protegidos por direitos autorais, recomendando penas de prisão e multas financeiras apropriadas para desencorajar esse tipo de ação ⁴⁴.

O TRIPS, então, constrangeu e harmonizou as legislações nacionais de uma forma nunca antes pretendida até então por qualquer acordo internacional em PI, proibindo e mesmo criminalizando práticas que até então eram consideradas legais. Porém, o acordo manteve algumas flexibilidades importantes para que se promova um nível relevante de autonomia numa legislação de PI.

Com efeito, o texto do acordo indica uma abrangência maior do que simplesmente objetivos econômicos e a proteção dos detentores de direitos, possibilitando elementos de integração entre o tema da PI e outros temas relativos ao interesse público. Os artigos 7 e 8:1 se colocam de maneira bastante responsiva ao interesse público e a relação entre a PI e temas não comerciais.

O artigo 7 versa sobre o objetivos do *enforcement* de regras de PI. Assegurando uma visão equilibrada entre detentores de direitos e os interesses do público em geral, o artigo ressalta a necessidade de a proteção dos direitos ser feita de modo a contribuir para a inovação tecnológica, transferência e difusão de tecnologia, em nome da mútua “mútua vantagem” de produtores e usuários de tecnologias e conhecimento protegido⁴⁵.

O artigo 8:1, por seu turno, assegura a possibilidade de os membros adotarem em suas legislações medidas necessárias para proteger a saúde pública, nutrição e promover o interesse público em setores de vitais ao desenvolvimento social e tecnológico⁴⁶. Visto que o direito a assegurar essas medidas, sem mais deliberações,

⁴¹ Cf. Art 27:1, acordo TRIPS

⁴² Cf. Art. 33, *Ibidem*.

⁴³ Cf. Art. 42, *Ibidem*

⁴⁴ Cf. Art. 61, *Ibidem*

⁴⁵ Cf. Art, 7, *Ibidem*

⁴⁶ Cf. Art 8:1, *Ibidem*

implicaria numa possibilidade de relativização das próprias obrigações do TRIPS em favor de questões de interesses público, é inserido no texto desse artigo um “requerimento de consistência”, de modo que as referidas medidas deveriam estar em consonância com as outras provisões do acordo.

Outros artigos asseguram a possibilidade de se estabelecer limitações e exceções à proteção entre os vários tipos de direitos de PI, ressaltando até mesmo a necessidade de se levar em conta interesses legítimos de terceiras partes, porém, indicando que isto deve ser feito de modo a não impedir o detentor de direito de se beneficiar da sua invenção⁴⁷.

As dificuldades na operacionalização desses elementos de flexibilidade resultam justamente do viés estrutural também presente na OMC, priorizando a proteção da PI e tratando-a como uma questão eminentemente comercial. A interpretação promovida pela organização tende a ressaltar as obrigações da proteção em face do interesse público, como bem denota o fato de a jurisprudência do mecanismo de solução de controvérsias da OMC tender a julgar as medidas necessárias para fomentar o interesse público e estabelecer limitações e exceções não segundo sua eficiência, mas segundo seus impactos em termos de PI e em fluxo de bens comerciais, devendo estes sempre ser os menores possíveis. (RUSE-KHAN, 2009)

O esforço de *harmonização* promovido pelo TRIPS foi calcado na lógica o *free-but-fair-trade*, assegurando os direitos de PI e impedindo a escalada da pirataria no comércio internacional. Sua abordagem *one-size-fits-all* nivelou a proteção da PI afirmando que toda imitação seria simplesmente uma injustiça para com o esforço dos inovadores, desconsiderando especificidades entre as várias áreas da tecnologia, os diferentes níveis de desenvolvimento dos países e a necessidade de alguns destes de imitar com o fim de construir sua própria capacidade inventiva. (BIADGLENG; TELLEZ, 2008; CHANG, 2001)

O TRIPS, então, é objetivamente desfavorável aos países em desenvolvimento de uma forma especial. Interpreta as normas privilegiando a proteção, enfatiza as obrigações, que são expressas de maneira detalhada e mandatória, enquanto que as flexibilidades são colocações gerais, de caráter exortatório e subordinadas aos interesses na proteção da PI. Entretanto, ainda que em um ambiente como um todo desfavorável,

⁴⁷ Esse é o teor dos textos em todos os artigos que tratam das exceções e limitações em vários tipos de direitos da PI. Como direitos autorais, (Art. 13) marcas comerciais (Art.17), desenho industrial, (Art.26:2) e patentes (Art.30).

os elementos de flexibilidades expressos de forma exortatória nos artigos 7 e 8:1 dão margem a interpretações mais favoráveis do TRIPS, de modo a possibilitar com que legislações nacionais atrelem *enforcement* de direitos com a difusão do conhecimento e reafirmem a limitação da proteção em setores chave. (RUSE-KHAN, 2009)

Essas flexibilidades, já diminutas se considerado o contexto de sua proposição, correm o risco de serem também eliminadas com a radicalização do processo de *harmonização*. Este consiste, conforme se aludiu ao início da seção, nos acordos em negociação em instâncias preferenciais, como acordos bilaterais e plurilaterais negociados pelos EUA, dentre eles, o TPP. Prossegue-se então com uma análise dos impactos das normas TRIPS-*plus* para o *policy space* dos países negociadores do TPP.

3.2.2 O *Policy Space* no TPP

A busca pela *harmonização* de normas de PI no meio internacional se intensifica através dos acordos bilaterais e plurilaterais. Segundo a abordagem maximalista vigente nos EUA, o nível de proteção assegurado no TRIPS não seria simplesmente um denominador comum entre as distintas preferências dos países, mas uma plataforma da qual se poderia demandar por regras mais específicas quanto às obrigações e mais radicais quanto ao nível de proteção assegurada aos detentores de direitos em PI. (SELL 2010, YU 2012).

Ao passo que estas regras são TRIPS-*plus* em suas obrigações, são TRIPS-*minus* em termos de flexibilidades, representando uma diminuição ainda maior do *policy space* disponível aos países em desenvolvimento. Buscou-se compreender os impactos das regras TRIPS-*plus* propostas no TPP sobre o *policy space* e o interesse público abordando o que se identificou como as temáticas centrais, a saber: a equalização dos critérios para concessão de patentes; a expansão do escopo de matérias elegíveis a patentes e a extensão de seu termo de proteção; a obrigatoriedade da adesão a acordos internacionais com alto nível de proteção a PI; a restrição da divulgação de informações acerca do processo inventivo; a proteção de dados de teste em fármacos, e a restrição de acesso à informação na internet e aumento dos custos na proteção com o *enforcement* de PI.

A seguir encontra-se uma tabela, sistematizando o que se discute amiúde segundo a ordem de exposição no texto. Conforme argumentado abaixo, cada questão suscita diferentes discussões, mas todas possuem em comum o fato de não considerar

devidamente o interesse público e restringir a flexibilidades do TRIPS quanto ao *policy space* disponível aos governos.

Tabela – O Policy Space no TPP

Normas Propostas no TPP	Conteúdo específico	Possíveis impactos
Art. 1, Seção E	Equivalência entre critérios para concessão de patentes.	<ul style="list-style-type: none"> • Liberalização dos critérios de concessão; • Menor capacidade de limitação aos direitos privados;
Art. XX, Seção E	Extensão no termo de proteção de patentes.	<ul style="list-style-type: none"> • Limitação do acesso ao conhecimento divulgado pelo público;
Art. 3, Seção E	Ampliação do escopo de tecnologias elegíveis ao patenteamento.	<ul style="list-style-type: none"> • Diminuição das flexibilidades asseguradas pelo TRIPS; • Aumento dos encargos com a proteção de direitos privados;
Art. 6:4, Seção A	Adesão à UPOV 1991.	<ul style="list-style-type: none"> • Proibição do armazenamento e reuso de sementes geneticamente modificadas;
Art. 8, Seção E	Restrição do conteúdo divulgado para concessão de patentes.	<ul style="list-style-type: none"> • Limitação do acesso de outros inovadores ao conhecimento; • Omissão de componentes protegidos por conhecimento tradicional.
Art. 16, Seção E	Proteção a dados de teste.	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento de custos para a produção de genéricos; • Redução da oferta de medicamentos acessíveis;
Art. 7:2, Seção H	Enforcement de punições criminais para falsificações em direitos autorais e marcas comerciais.	<ul style="list-style-type: none"> • Extensão das atividades consideradas criminosas; • Aumento dos encargos com a proteção de direitos privados;

Fonte: elaborado pelo autor

A primeira dessas dimensões afetadas consiste na forma pela qual os direitos privados podem ser obtidos numa legislação nacional. Com efeito, uma das formas primordiais de limitação a PI se constitui na própria autonomia do governo sobre a elaboração de requerimentos específicos no processo de concessão desses direitos. Ao longo da história, economias hoje desenvolvidas fizeram uso de sua legislação para

negar a proteção de determinadas patentes, tendo os EUA restringido por várias vezes, e mesmo negado as concessões, baseando-se em sua legislação de *anti-trust*, visto que as patentes eram consideradas monopólios com restrições sobre a livre competição e difusão de conhecimento na economia. Assim, determinados setores não foram protegidos com a finalidade de estimular a imitação e a construção de capacidades no âmbito nacional. (CHANG 2001, MAY, SELL 2001)

A *harmonização* entre legislações promovida pelo TRIPS impossibilitou a imitação de tecnologias estrangeiras enquanto uma atividade legítima, bem como inviabilizou a possibilidade de se negar a patente com base em legislações de antimonopólio. Como visto, o artigo 27:1 do acordo coloca como obrigação aos países a concessão de patentes para todas as espécies de tecnologia, sejam estas produtos acabados ou processos de produção, durante 20 anos após sua aplicação e a despeito de o produto ser importado ou localmente produzido⁴⁸.

Não obstante essa redução na capacidade do governo delimitar quais as invenções e mesmos as áreas de tecnologia elegíveis para patentes, o processo específico para sua concessão, que consiste em julgar um requerimento de patente segundo os critérios novidade, passo inventivo e aplicação industrial, é mantido no TRIPS como de competência exclusiva da legislação nacional.

Esta autonomia, porém, encontra-se ameaçada com acordos de normas TRIPS-*plus* postos em negociação pelos os EUA. Em acordos preferenciais de comércio, a exemplo do *Dominican Republic – Central America Free Trade Agreement* (CAFTA – DR), os EUA passaram a promover a *harmonização* entre guias para julgamento de patentes, exportando, na prática, a legislação norte-americana ao propor a substituição do critério de “novidade” pelo mais impreciso e permissivo critério de “novo”. Embora aparentemente equivalentes, o critério de “novo” implica numa maior liberalidade de aplicações. Conforme a legislação dos EUA, patentes já poderiam ser concedidas a partir do momento em que aplicações passem pelo critério de “novo”, o que não costuma ser a abordagem da legislação de outros países onde se define especificamente como “novidade”. (MORIN Apud SHADLEN, 2005)

De maneira semelhante, no TPP se tem uma tentativa de exportação de legislação norte-americana, propondo a equivalência entre os critérios de “passo inventivo” e “aplicação industrial” utilizados no TRIPS com, respectivamente, os

⁴⁸ Cf, Art. 27:1, acordo TRIPS

termos mais permissivos e pró-patentes de “não obviedade” e “utilidade” empregados na legislação dos EUA⁴⁹. Países como Brasil e Índia se apoiam no critério do “passo inventivo” para inviabilizar patentes em substâncias que não resultam no melhoramento em termos de eficácia⁵⁰. Também com base nesse critério, sequências de códigos genéticos e animais que não microrganismos são classificados como “mera descoberta”, e, portanto, não elegível para patente.

Nos EUA, o critério mais amplo de “não obviedade”, por outro lado, garantiu a proteção dessas tecnologias desde a década de 1980, e o critério de “utilidade” no lugar de “aplicação industrial” possibilitou o patenteamento de meras ferramentas de pesquisa e métodos de trabalho segundo a justificativa de que “poderiam contribuir para inovações futuras” (JAFPE, 1999). Tornando os critérios equivalentes entre si faz com que seja possível aos EUA abrir a possibilidade para posteriores esforços de *harmonização*, especificando o escopo dos três critérios para concessão de patentes e ampliando as obrigações dos países quanto à proteção da PI.

Os acordos preferenciais não limitam a autonomia de países em desenvolvimento apenas através da *harmonização* de critérios para concessão de patentes. Ao negociar-se a extensão do termo de proteção das patentes para além dos 20 anos do TRIPS, bem como a expansão e maior especificação das tecnologias contempladas pelas patentes, acaba por tornar o direito privado mais absoluto e a legislação nacional ainda mais limitada. Reconhecendo essa possibilidade, destaca-se que uma das propostas dos EUA no TPP consiste exatamente em aumentar o termo de proteção e expandir o escopo das patentes, eliminando todas as exceções ao patenteamento como se encontram asseguradas no TRIPS.

Conforme a proposta no TPP, o termo de proteção a patentes deve ser estendido para em até cinco anos após o termo assegurado no TRIPS em caso de “demora injustificada” no processo de concessão, o que, por sua vez, configuraria em quatro anos desde a data da aplicação⁵¹. O TRIPS não obriga mais que 20 anos para proteção de

⁴⁹ Cf, Art. 1, Seção E, proposta de capítulo em PI do *Trans Pacific Partnership*. Disponível em: <https://wikileaks.org/tpp/static/pdf/Wikileaks-secret-TPP-treaty-IP-chapter.pdf>

⁵⁰ No caso Indiano, especialmente com substâncias utilizadas na confecção de fármacos. (SHADLEN, 2005)

⁵¹ Cf, Art. XX, Seção E, proposta de capítulo em PI do TPP.

patentes, sendo este considerado tempo suficiente para compensar possíveis atrasos no processo de concessão⁵². (FLYNN et al, 2012)

Como dito, não só o termo de proteção, mas também a extensão de tecnologias protegidas por patentes aumentariam no capítulo proposto no TPP. Conforme o Artigo 27.3 do TRIPS, as únicas áreas de tecnologia passíveis de serem excluídas do patenteamento seriam os métodos terapêuticos, cirúrgicos e de diagnóstico, bem como o processo de produção e os produtos acabados de biotecnologia, como sementes, plantas e animais (excetuando micro-organismos)⁵³. No capítulo em PI proposto no TPP os EUA pretendem tornar a proteção por patentes obrigatórias em todas essas questões, muito embora tenham encontrado oposição por parte dos outros membros do acordo, que, com exceção do Japão, desejaram manter o texto do TRIPS na íntegra⁵⁴.

A questão específica das variedades de plantas e sementes geneticamente modificadas foi de especial importância nesse contexto. O referido artigo 27.3 do TRIPS estabelece que para este tipo de tecnologia deve ser dada pelo menos uma proteção *sui generis*, possivelmente mais flexível que a patente e conforme a preferência de cada país. Grande parte dos países elaborou sua legislação no tema tendo por base uma convenção internacional, conhecida por *Union for the Protection of New Varieties of Plant* (UPOV).

A versão de 1978 da UPOV, cujo texto é o mais flexível e favorável aos países em desenvolvimento, permite o armazenamento e utilização sementes protegidas por parte dos agricultores, bem como a criação e cultivo de novas variedades a partir destas⁵⁵. Os acordos preferenciais, porém, colocam como obrigação a adesão a UPOV de 1991, esta com uma linguagem menos flexível que prioriza a proteção, impedindo o compartilhamento, armazenamento e reuso de sementes.

⁵² Cf, Art. 33, Acordo do TRIPS.

⁵³ Cf, Art. 27:3, Acordo do TRIPS.

⁵⁴ Cf, Art. 3, Seção E, proposta de capítulo em PI do TPP.

⁵⁵ Embora no acordo estas condições sejam colocadas em formas de “exceções”, observa-se que essas práticas não só eram perfeitamente legalizadas, mas promovidas abertamente pelos governos. Ao fim do século XIX o *U.S Department of Agriculture* (USDA), além de incentivar o armazenamento de sementes, promovia seu o desenvolvimento e distribuição entre agricultores, encorajando o compartilhamento como uma forma de garantir a estabilidade da agricultura do país.

O *lobby* pela “commodificação” das sementes e plantas no EUA tem início com o surgimento do processo de hibridização, que possibilitou as companhias controlarem o replantio das sementes. A primeira vez que se passa a conceder direitos de PI para variedades de plantas 1930, com o *Plant Patent Act* (PPA), passam a ser garantidos direitos de PI para variedades de plantas de reprodução assexuada “distintas e novas”, por um período de 17 anos. (STEIN, 2005)

Este também é o caso do TPP, na medida em que os EUA propõem de forma concreta a obrigatoriedade da adesão a UPOV 1991⁵⁶. Muito embora neste caso não se tenha a instituição de uma proteção através de patentes, a proibição de armazenamento e compartilhamento de sementes pode ter impactos extremamente restritivos para o *policy space* de países em desenvolvimento, onde parte importante da população depende diretamente da agricultura familiar e as sementes são tidas por propriedade comum (STEIN, 2005).

A questão da divulgação ou *disclosure* de informações sobre o processo inventivo também passa a ser encarado do ponto de vista da proteção aos direitos privados, e, portanto, diminuindo a possibilidade de deliberação por parte do governo. Ao submeter-se um requerimento de patente se faz necessário divulgar ao governo seu conteúdo, incluindo especificidades da pesquisa desenvolvida e de partes do mecanismo, bem como, no caso de fármacos e produtos de biotecnologia, sobre a origem das substâncias utilizadas. Tornando pública essas informações, se possibilita não só a concessão da patente, mas o acesso a outros possíveis inovadores do conteúdo, muito embora estes não possam replicar a invenção ou fazer uso com fins comerciais de dimensões protegidas da mesma enquanto durar o termo de proteção da patente.

Segundo o TRIPS, em condições de proteção contra o uso comercial injusto, o *disclosure* das informações sobre o processo inventivo deve ocorrer de forma normal⁵⁷. Em outros acordos que contém normas TRIPS-*plus*, como no caso do TPP, os EUA propõem que o *disclosure* de uma invenção seja considerado “suficientemente claro e completo” se prover informações suficientes para que a invenção seja replicada e utilizada por uma pessoa capacitada⁵⁸.

No TPP a questão do *disclosure* passa a ser tratada a partir da ótica dos segredos comerciais, justificado como uma forma de impedir a divulgação “desnecessária” de informações e a possibilidade de que estas sejam ilegalmente utilizadas com o objetivo de promover firmas locais. (FERGUSSON *et al.* 2012). Ressaltando o fato de ser uma definição de *disclosure* por demais restrita e desbalanceada, nota-se também que esta, caso adotada, possa vir a impossibilitar a divulgação de informações num nível mais

⁵⁶ CF, Art. 6:4, Seção A, proposta de capítulo em PI do TPP.

⁵⁷ CF, Art. 39:3, acordo TRIPS.

⁵⁸ Cf, Art. 8, Seção E, proposta de capítulo em PI para o TPP.

favorável a outros possíveis inovadores, bem como justificar a omissão de utilização de substâncias e produtos protegidos por direitos de conhecimento tradicional.

O interesse público em questões de saúde se encontra ameaçado com algumas cláusulas em negociação no TPP referentes ao acesso a tratamento médico e a disponibilidade de medicamentos. Se os métodos terapêuticos, cirúrgicos e de diagnóstico, conforme proposto pelos EUA, passarem a ser protegidos por patentes, o resultado seria o aumento dos encargos em políticas de saúde pública, uma vez que implicaria na necessidade de pagamento de *royalties* para médicos e instituições privadas de saúde⁵⁹. A proteção a dados de teste de fármacos, por outro lado, afeta diretamente a questão da saúde pública ao colocar uma nova barreira ao comércio de medicamentos genéricos.

O processo de confecção de fármacos, pela sua natureza, demanda uma série de testes que constatem a sua eficiência e segurança enquanto medicamentos. Assim como nas etapas de processo inventivo, esses dados de testes precisam ser divulgados em ordem de possibilitar a concessão da patente. Nos acordos de normas TRIPS-*plus*, porém, passa a se perseguir uma proteção específica e sem precedentes para esses dados, impedindo que se torne objeto de conhecimento público durante um termo de proteção definido em anos.

No caso do TPP, a proposição feita pelos EUA é a de, no mínimo, cinco anos de exclusividade para os dados de testes em fármacos⁶⁰. O impacto direto dessa norma sobre o interesse público consiste na limitação dos medicamentos de baixo custo, uma vez que as empresas fabricantes de medicamentos genéricos seriam especialmente prejudicadas com a exclusividade de dados. Estas empresas produzem medicamentos que são de composição igual àqueles protegidos por patentes, sendo, por esta razão, possível que prescindam da necessidade de realizar todos os testes requeridos e façam uso dos testes já realizados por outras empresas, demonstrando que se trata, de fato, do mesmo medicamento.

Tornando os dados de testes protegidos por direitos de PI, em via de regra, exclusivistas, e negando as empresas de genéricos a possibilidade até então considerada

⁵⁹ Cf, *Oxfam Analysis of US Proposals for IP and Pharmaceutical Pricing Provisions in Trans-Pacific Partnership Agreement Negotiations*. Disponível em: <http://www.citizen.org/documents/Oxfam-Paper-on-the-TPPA-Leaked-IP-Chapter.pdf>

⁶⁰ Cf, Art. 16, Seção E, *Ibidem*.

perfeitamente legal de se utilizar desses dados, tanto se contribui para o aumento de custos de produção de genéricos, demandando mais recursos para realizar todos os testes necessários, como para o atraso da entrada desses medicamentos no mercado, ambos a expensas do interesse público e contra as legislações de saúde pública inclusive de países desenvolvidos, como Austrália e Nova Zelândia⁶¹. A exclusividade de dados, então, se constituiria como um novo tipo de barreira à entrada de genéricos, distinta do monopólio da patente e independente desta, de modo que seria possível conceder proteção aos dados mesmo para os medicamentos que tiveram sua aplicação de patente negada. (GLEESON; LOPERT 2013, FLYNN *et al.* 2012)

O *enforcement*, por seu turno, mostra-se um assunto de principal relevância na administração Obama, com o USTR assumindo o compromisso de promover o “*enforcement* em escala global” da PI. Privilegiando o *enforcement* dos acordos negociados ao invés de buscar negociar novos acordos, a administração Obama, não obstante, retoma retóricas que retratam a PI enquanto forma de “garantir empregos de cidadãos norte- americanos” e de promover *free-but-fair-trade*, reduzindo distorções provenientes das práticas de comércio injustas de outros países⁶².

O comprometimento com o mercado livre, porém, se encontra bastante questionado com as medidas do governo para reavivar a economia em crise nos EUA. Enquanto advoga em nível internacional pela menor intromissão do Estado na economia, a administração Obama efetivamente promoveu o aumento da intervenção estatal com o financiamento público do setor privado no programa do “*Stimulus package*”, seja de maneira direta, com aumento de gastos governamentais, ou de maneira indireta, com a diminuição da taxa de impostos sobre produção. (CHUKWUMERIJE, 2009). Por outro lado, o programa “*Buy american*” estabeleceu a preferência da indústria nacional em licitações governamentais sobre bens e serviços, fomentando a possibilidade de protecionismo no mercado internacional e em contradição com as demandas colocadas no TPP pela liberalização das licitações governamentais. (BARFIELD; LEVY, 2009)

⁶¹ A Nova Zelândia declarou a necessidade de não se avançar sobre os padrões impostos pelo TRIPS, enquanto que a Austrália manifestou preocupações sobre como as propostas em questão irão afetar a forma com que as autoridades nacionais compreendem a saúde pública. (GLEESON 2013)

⁶² Declarado no discurso do presidente. Cf, “2010 Trade Policy and 2009 Annual Report”. Disponível em: <https://ustr.gov/2010-trade-policy-agenda>.

A retórica do livre mercado dos EUA no TPP também se encontra em grande contradição quando busca tratar da eliminação da concorrência desleal das empresas estatais, criticando também o “*Crony capitalism*” de várias economias asiáticas pela associação que promove entre Estado e o setor privado. Muito embora os EUA de fato não tenham grandes empresas estatais e um Estado desenvolvimentista centralizado e burocratizado como em países asiáticos, neste país figura um tipo distinto de Estado desenvolvimentista, chamado de *Developmental Network State* (DNS).

Ao invés de incentivar as firmas nacionais na atividade de *catching up* e desafiar competidores em setores específicos no mercado mundial, o DNS é desenhado para ajudar firmas a desenvolver produtos e inovações processuais que ainda até então não existiam, como foi de fato o caso no desenvolvimento de tecnologias de fronteira como software e biotecnologia. O DNS não consiste, porém, na atividade de dar subsídios governamentais de maneira direta, mas sim em auxiliar o setor privado através de múltiplas agências governamentais, nas atividades de P&D e no aumento da produtividade de cientistas e engenheiros. Transformam-se, assim, as invenções e melhoramentos em produtos comerciais, sendo o papel da *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) no desenvolvimento da indústria de informática um dos casos mais emblemáticos. (BLOCK, 2008).

Muito embora mais difícil de detectar por ser uma atividade descentralizada, baseada na ação de várias agências, o fato de os EUA efetivamente promoverem o desenvolvimento através de uma rede de *network* demonstra que a presença de empresas estatais e a associação entre os setores públicos e privados não implicariam em nenhuma atividade incompatível com o livre mercado, segundo os próprios padrões dos EUA. Demonstra também a possibilidade de países em desenvolvimento deterem um *policy space* mais amplo para fomentar políticas econômicas do que é realmente assegurado nos acordos internacionais, que enviesam sua oposição somente contra um desenvolvimentismo mais burocratizado, próprio dos países em *catching-up*. (BLOCK, 2008).

Além da tônica mais geral do *enforcement* do livre mercado, no TPP figuram propostas específicas para *enforcement* em PI. Estando em consonância com o que foi previamente negociado no ACTA, se busca estabelecer a colaboração de provedores de serviço na internet para a retenção de conteúdo protegido por direitos autorais. O problema que esta proposta suscita diz respeito ao fato de os interesses dos provedores de serviços não serem necessariamente iguais aos usuários na internet, de modo que

determinados conteúdos possam ser barrados sem realmente se levar em conta os interesses públicos acerca do compartilhamento de conhecimento. (KAMINSKI, 2012)

Relativo ao *enforcement* em PI, uma importante questão envolve a diminuição de evidências para aplicação de penas sobre infrações de marcas comerciais e direitos autorais, bem como a maior abrangência das atividades consideradas passíveis de punição criminal. Conforme regulamentado pelo TRIPS, os membros devem aplicar procedimentos criminais em PI quando se identifica falsificações de marcas comerciais e direitos autorais em escala comercial⁶³. A proposta dos EUA para o TPP visa incluir como passível de punição infrações de direitos autorais enquadrados sob a condição mais genérica de “ganhos financeiros”⁶⁴.

Enquanto que o texto do TRIPS se refere especificamente a condição da infração em “escala comercial”, pressupondo uma atividade industrial e com o intuito de extrair lucro, o termo “ganho financeiro” abrange atividades que não necessariamente atendam essas condições. É possível, então, que o simples compartilhamento de conteúdo protegido na internet seja passível de punição criminal, visto que o ganho financeiro existiu a partir do momento em que os usuários se eximiram de remunerar o detentor de direitos autorais. (KAMINSKI, 2012)

Antes visto como um assunto eminentemente privado, que, por vezes, estava sujeito ao litígio civil, o *enforcement* das leis de PI no governo Obama passa a ser uma questão tanto de esfera criminal nacional, sujeito a jurisdição federal, como uma questão econômica mundial que requer a intervenção administrativa dos EUA em escala global. (HALBERT, 2011, BIADGLENG; TELLEZ, 2008). Como parte importante desse objetivo, um dos principais problemas referentes à negociação do *enforcement* em PI no TPP é a imposição do aumento de dispêndio público - uma vez que mais atos se tornam passíveis de serem considerados crimes - para criação de instituições e capacitação profissional em países que não possuem a capacidade para tanto, contrariando assim as limitações do TRIPS, que declara não ser nenhum país obrigado a destinar recursos ao *enforcement* de PI mais do que a outras áreas.⁶⁵

A falta de equilíbrio entre interesses privados e públicos, como demonstrado pela discussão acima feita, reduz a autonomia governamental em elaborar políticas

⁶³ Cf, Art.61, acordo TRIPS.

⁶⁴ Cf, Art, 7:2, seção H, proposta de capítulo em PI do TPP.

⁶⁵ Cf, Art. 41:5, acordo TRIPS.

públicas em vários temas. Esse fator se mostra como um problema ainda maior ao se observar que o acordo abrange países em desenvolvimento, como Peru, Brunei, Vietnã e México, de forma que estes seriam compelidos a concordar com altos padrões de proteção sem contar com grandes deliberações no sentido de regras de exceção e flexibilidades que levem em conta seu nível de desenvolvimento.

Considerações Finais

A estratégia de *forum shifting* em PI, conforme concebida pelos EUA, reproduz e acentua as contradições de um regime de caráter imposto e produto de um esforço de *harmonização* de regras privatizantes. No capítulo negociado no TPP atualmente, o desdobramento mais importante da versão vertical dessa estratégia, traz impactos que se mostram especialmente relevantes para os países em desenvolvimento.

Muito embora se compreenda o *forum shifting* em PI como uma estratégia auxiliar e sub-ótima, cuja finalidade é fortalecer a posição das partes negociadoras no próprio meio multilateral, esta traz consigo o risco da fragmentação do regime de PI, esvaziando os fóruns multilaterais de maneira deliberada para minar a capacidade de “resistência” por parte dos países em desenvolvimento. Mas pode trazer efeitos não pretendidos, prejudicando os interesses dos países desenvolvidos no longo-prazo ao levar a um conflito insustentável entre as normas a serem obedecidas. Seu segundo grande impacto é o teor das normas TRIPS-*plus* negociadas, influenciando sobre o *policy space* dos países signatários de forma a diminuir as flexibilidades do TRIPS e avançar no objetivo da *harmonização* internacional de regras em PI. A *harmonização* sob esses padrões impõe limitações à capacidade de ação pública dos Estados.

Não obstante seus impactos, duas limitações são apontadas para a estratégia maximalista de PI para o TPP. A primeira diz respeito à “contradição fundamental” da estratégia de *forum shifting* vertical. Envolvendo países *like-minded*, a estratégia permite uma negociação mais ambiciosa e eficiente, mas, ao mesmo tempo, exclui os seus principais opositores, ficando pouco claro como o TPP irá conseguir cooptar países com visões conflitantes sobre comércio e PI no contexto asiático, como a Índia e China; ou mesmo levar a sua multilateralização. Diferente do TRIPS, a negociação do TPP é voluntária e não pode ser imposta *de facto*.

A segunda limitação seria a possibilidade de barganha dos EUA no acordo. Falta, no TPP, o principal instrumento de barganha norte-americano, *i.e.*, a abertura comercial, uma vez que grande parte dos países já possuem acordos preferenciais de comércio em vigor com o país. Sendo assim, é provável que, ao propor um maior nível de proteção “a troco de nada”, o capítulo final sobre PI venha a ser bastante diferente do advogado pela delegação norte-americana e endossado pelas empresas privadas. (FLYNN *et al.* 2012)

Referências Bibliográficas

ARSALANIAN, Regis P. *O Recurso a Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1994.

BANNERMAN, Sara. “WIPO and the ACTA Threat”. PIJIP Research Paper no. 4. *American University Washington College of Law*, Washington, DC, 2010.

BARFIELD, Claude. “Politics of Trade in the USA and in the Obama Administration: Implications for Asian Regionalism”. *Asian Economic Policy Review*, No.4, p.227-243, 2009

BARFIELD, Claude; LEVY, PHILIP I. “Tales of the South Pacific: President Obama and the Transpacific Partnership”. *American Enterprise Institute for Public Policy Research*. N. 2, 2009

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. “The empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law”. *Stanford Law Review*, vol.60, n.02, pp.595-632, 2007

BIADGLEN, Ermias; TELLEZ, Viviana M. “The Changing Structure and Governance on Intellectual Property Enforcement”. *South Center Research Papers*, vol. 15, Janeiro, 2008.

BLOCK, Fred. “Swimming Against the Current: The Rise of a Hidden Developmental State in the United States” *Politics & Society*, v. 36, n. 2, pp.169-206, 2008

CHANG, Ha-Joon. “Intellectual Property Rights and Economic Development, Historical Lessons and Emerging Issues” *Journal of Human Development*, 2001.

_____. *Chutando a Escada: a estratégia de desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo, Editora UNESP, 2003.

CORIAT, Benjamin; ORSI, Fabienne. “Establishing a new Intellectual Property Rights Regime in the United States: origins, contents and problems”. *Research Policy*, vol. 31, p. 1491-1507, 2002.

CORIAT, Benjamin. “O Novo Regime de Propriedade Intelectual e sua Dimensão Imperialista: implicações para as relações Norte/Sul”. In. CASTRO, Ana Célia (org.) *Desenvolvimento em Debate: novos rumos para o desenvolvimento no Mundo*. BNDES, Mauad. Ed. Ltda, Rio de Janeiro, 2002.

CORREA, Carlos M. *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*. New York: Zed Books, 2000.

_____. “TRIPS and TRIPS-plus Protection and Impacts in Latin America”. In. GERVAIS, Daniel. *Intellectual Property, Trade and Development: strategies to optimize economic development in a TRIPS-plus Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CHUKWUMERIJE, Okezie. "Obama's Trade Policy: Trends, Prospects and Portends". *Davis University of California*, v.16, n.1, pp.39-79, 2009.

CUMMINGS, Alex S. "From Monopoly to Intellectual Property: Music Piracy and the remaking of American Copyright". *The journal of American History*, V. 97, N.3 pp.659-681, 2010

DE BIÈVRE, Dick; THOMANN, Lars. "Forum Shopping in the Global Intellectual Property Rights Regime". *MZES Working Paper* No. 132, 2010

DRAHOS, Peter. "Negotiating Intellectual Property Rights: between coercion and dialogue". In. DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth. *Global Intellectual Property Rights: knowledge, access and development*. Palgrave Macmillan, 2002.

ELMS, Deborah; LIM, C.L. "TPP Negotiations Overview and Prospects". *S. Rajaratnam School of International Studies*, Singapore, Working paper no. 232, p.1-25, 2012. Disponível em: <http://www.rsis.edu.sg/publications/WorkingPapers/WP232.pdf>

FERGUSON, Ian F; COOPER, William H; JURENAS, Remy; WILLIAMS, Brock R. "The Trans-Pacific Partnership Negotiations and Issues for Congress". *Congressional Research Service*, 2013. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R42694.pdf>

FIANI, Ronaldo. "A Tendência à Harmonização Internacional da Proteção de Patentes e seus Problemas". *Revista de Economia Política*, vol. 29, n. 03, p. 173-190, 2009.

FLYNN, Sean M; BAKER, Brook; KAMINSKI, Margot; KOO, Jim. "The U.S. Proposal for an Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement". *American University International Law Review*, Vol. 28, No. 1, pp. 105-202, 2013.

GEIGER, Christopher. "Weakening Multilateralism in Intellectual Property Lawmaking: A European Perspective on ACTA". *The WIPO Journal*, vol. 03, n. 02, 2012

GLEESON, Deborah. "The Trans Pacific Partnership Agreement, Intellectual Property and Medicines". *Submission to the Australian Department of Foreign Affairs and Trade*, 2013.

GLEESON, Deborah; LOPERT, Ruth. "The High Price of "Free" trade: U.S Trade Agreements and Access to Medicines". *Journal of Law, Medicine and Ethics*, pp.199-223, 2013.

HALBERT, Deborah. "The Politics of IP Maximalism". *The Wipo Journal: Analysis of Intellectual Property Issues*, v.03, n.01, 2011.

HELPER, Laurence R. "Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking". *Yale Journal of International Law*, Vol. 29, 2004.

HERREROS, Sebastián. "The Trans pacific Strategic Economic Partnership Agreement: a Latin American Perspective". *ECLA Série Comércio internacional* No. 106, 2011.

KAMINSKI, Margot. "Positive Proposals for Treatment of Online Intermediaries". *American University International Law Review*, v.28, n.1, pp.203-222, 2012.

LEWIS, Meredith Kolsky. "The Trans-Pacific Partnership: New Paradigm or Wolf in Sheep's Clothing?" *Boston College International and Comparative Law Review*, v.34, n.03, 2011.

JAFFE, Adam B. The U.S. Patent System in Transition: Policy Innovation and the Innovation Process. *National Bureau of Economic Research*, Cambridge, Working paper no. 7280, p.1-58, 1999. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w7280>

MASKUS, Keith. *Intellectual Property Rights in the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 2000.

MAY, C. *The World Property Organization: Resurgence and the Development Agenda*. New York: Routledge, 2007.

MAY, Christopher; SELL, Susan. *Intellectual Property Rights: a critical history*. Colocado: Lynne Rienner Publishers, 2006.

_____. "Moments in Law: contestation and Settlement in the History of Intellectual Property". *Review of International Political Economy*, vol. 18, n. 03, p. 467-500, 2001.

MEGUMI, Nao; SHUJIRO, Urata. "Free Trade Agreements and Domestic Politics: The case of The Trans-Pacific Partnership". *Asian Economic Policy Review*, v.8, n.2, 2014.

MUSUNGU. "The Development Agenda and the Changing Face of the World Intellectual Property Organization (WIPO)". *IQSANTO Studies* 2.2010.

MUZAKA, Valbona. "Linkages, contests and overlaps in the global intellectual property rights regime". *European Journal of International Relations*, vol. 17, n. 04, p.p. 755-776, 2010.

QUILICONI, Cintia; WISE, Carol. "The US As A Bilateral Player: The Impetus for Asymmetric Free Trade Agreements," In: *Mireya Solís, Barbara Stallings, and Saori Katada, Competitive Regionalism: FTA Diffusion in the Pacific Rim*, Houndsmills: Palgrave Macmillan, 2009

RUSE-KHAN, Henning Grosse. "Policy Space For Domestic Public Interest Measures Under Trips". *South Center Research Paper*, 22, Junho de 2009.

_____. "From TRIPS to ACTA: towards a new 'gold standard' in criminal IP enforcement?". *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper*, No. 10-06, 2010

SELL, Susan. "Cat and Mouse: Forum shifting in the battle over intellectual property enforcement". *IGIS research seminar, October 7, 2010*.

_____. *Private Power, Public Law*. New York: Cambridge University Press, 2003.

_____. “TRIPS was never enough: vertical forum shifting, FTAs, ACTA, and TPP”. *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 18, 2011.

SHADLEN, Ken. “Policy Space for Development in the WTO and Beyond: The Case of Intellectual Property Rights”. *Global Development and Environment Institute*. Working paper No. 05-06. 2005. Disponível em: <http://www.ase.tufts.edu/gdae/pubs/wp/05-06policyspace.pdf>.

SOLÍS, Mireya. “The Trans Pacific Partnership: Can United States Lead the Way in Asia-Pacific Integration?”. *Pacific Focus*, V.23, N.3, pp.319- 341, 2012.

STEIN, Haley. Intellectual Property and Genetically Modified Seeds: The United States, Trade, and the Developing World”. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v.3, n.2, pp.160-178, 2005.

WISE, Timothy A; GALLAGHER, Kevin P. “US Trade Policy: Still Waiting for a ‘21st Century Trade Agreement’”. *Latin America Trade Network*, SerieBrief n. 67.

WILLIAMS, BROCK R; MANYIN, Mark E; JURENS, Remy; PLATZER, Michaela D. “The U.S- South Korea Free Trade Agreement: Provisions and implementation”. *CRS Report*, 2014.

YOUNG, Oran. “Regime dynamics: the rise and fall international regimes”. In KRASNER, Stephen D. (ed.) *International Regimes*. London: Cornell University Press, 1983.

YU, PETER “Enforcement, Enforcement, What Enforcement”. *Drake University Legal Studies Research Paper Series*, vol. 52, n. 03, 2012.

_____. “Six Secret (and Now Open) Fears of ACTA”. *Drake University Legal Studies Research Paper Series*, N. 11-12, 2010. _____. “The ACTA/TPP Country Clubs”, 2013. Disponível em: <http://www.peteryu.com/beldiman.pdf>

_____. The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement. *Legal Studies Research Paper Series*, No. 12–13, 2012b.

YUAN, Wen Jin. “The Trans-Pacific Partnership and China’s Corresponding Strategies”. *Freeman Briefing Report*, CSIS, 2012.